

November 1993

## Handcuffing of a bankrupt

Dr> Hussein Yousef Ghanayem

*Professor of Commercial Law and Adviser to the Ministry of Economy, husseinyghanayem@gmail.com*

Follow this and additional works at: [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia\\_and\\_law](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law)



Part of the [Bankruptcy Law Commons](#)

---

### Recommended Citation

Ghanayem, Dr> Hussein Yousef (1993) "Handcuffing of a bankrupt," *Journal Sharia and Law*. Vol. 1993 : No. 7 , Article 6.

Available at: [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia\\_and\\_law/vol1993/iss7/6](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol1993/iss7/6)

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact [sljournal@uaeu.ac.ae](mailto:sljournal@uaeu.ac.ae).

---

## Handcuffing of a bankrupt

### Cover Page Footnote

Dr. Hussein Ghanayem Department of Law, Faculty of sharia & Law, U.A.E. University  
husseinyghanayem@gmail.com

**غل يد المجلس، ما هيته ونطاقه الزمني**

**بقلم**

**الدكتور / حسين يوسف غنايم \***

---

• تعاذ مساعد القانون التجاري بالكلية وله مؤلفات وبحوث في القانون التجاري والبحري .





## تهديد وتقسيم

تعتبر التصفيات القضائية والافلاس من ظواهر الاقتصاد المعاصر ، فقد ذكر تقرير أصدرته المؤسسة الوطنية الفرنسية للإحصائيات والدراسات الاقتصادية أن معدل الشركات الفرنسية التي تعلن افلاسها في تزايد مستمر (١) حيث ارتفع عددها من ٣٢٢٨ شركة في سبتمبر ١٩٩١ الى ٣٨٠٠ شركة في سبتمبر ١٩٩٢ بينما بلغ العدد في شهر أغسطس ١٩٩٢ ٤٧٩٨ شركة . وأضاف التقرير أن متوسط افلاس الشركات الفرنسية الشهري خلال ١٩٩١ قد بلغ ٤٤١٤ مما يجعل عدد الشركات التي شملها الافلاس والتصفيات القضائية ١٩٩١ م ٥٢٩٦٨ شركة (٢) .

وأشار التقرير الى أن خطر الافلاس قد أصاب جميع المجالات دون استثناء مع تباير في النسب بينها . فبالنسبة للشركات العاملة في القطاع الصناعي بلغت نسبة الزيادة بين العدد في سبتمبر ٩١ وسبتمبر ٩٢ ٣٩ ٪ بينما بلغت تلك النسبة ٧٣ ٪ بالنسبة للشركات العاملة في قطاع التجارة و ٣١ ٪ بالنسبة للشركات العاملة في قطاع الخدمات و ١١ ٪ بالنسبة للشركات العاملة في قطاع التشييد والهندسة المعمارية .

والملفت للنظر أن دائرة انتشار هذه الظاهرة لم تقف عند حد الشركات المدنية

---

(١) انظر جريدة الخليج ، الشارقة ، الامارات العربية المتحدة ، العدد ٤٩٣٧ الصادر في ٢٠ جمادي الأولي ١٤١٣ هـ الموافق ١٥ نوفمبر ١٩٩٢ صفحة ١٣ .  
(٢) بلغ هذا العدد ١١٩٧٤ في سنة ١٩٧٤ و ١٧٣٧٥ شركة في سنة ١٩٨٠ و ٢٠٨٩٥ شركة في سنة ١٩٨٢ .

انظر صحيفة العالم الفرنسية Le Monde العدد ١١٩٥٥ الصادر في يوم الأربعاء الموافق ٦ تموز سنة ١٩٨٣ صفحة ٦ .

وغني عن القول أن أثاراً هامة وخطيرة تترتب على الإفلاس فالقراءة المتفحصة  
لنصوص مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي المتعلقة بهذا الصدد (٢) تدل على  
أن حكم الإفلاس يؤدي لترتيب عدة آثار بالنسبة للمدين المفلس منها ما يتعلق بشخصه  
ومنها ما يتعلق بماله (٣) .

- 
- (١) أعلنت المحكمة التجارية بمرسيليا تصفية أموال فريق أولمبيك مرسيليا OM، إلا أنه تم انتقاد  
الفريق في اللحظات الأخيرة ، وأعلنت المحكمة العليا البريطانية سنة ١٩٨٥ تصفية فريق  
Swansea city، وتقدمت سنة ١٩٨٥ واحدة من كبريات الوكالات الإخبارية الأمريكية ، وهي  
وكالة يونتايد برس انترناشونال - بطلب للاستفادة من أحكام الإفلاس أملاً في إتاحة الفرصة لها لترتيب  
أمورها في ظل مراقبة قضائية وفي مأمن من دائئها بعد أن عجزت حتى عن دفع مرتبات العاملين فيها .  
انظر : رسالة الأمة المغربية ، العدد ٦٣٢ الصادر في ٣٠ أبريل ١٩٨٥ .
- أشار لذلك : شكرى أحمد سباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، الجزء الثالث ، مكتبة  
المعارف للنشر والتوزيع الرباط ١٩٨٦ صفحة ٢٨١ .
- (٢) وهي المواد ٦٨٢ - ٧٠٢ وتقابلها المواد ٥٧٤ - ٥٩١ من قانون التجارة الكويتي الصادر بالمرسوم  
بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ والمواد ٣١ - ٤٩ من قانون الإفلاس والصلح الواقعي منه البحريني الصادر  
بالمرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ١٩٨٧ ، والمواد ٦٠٢ - ٦١٤ من قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم  
السلطاني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ ، والمواد ١١٠ و ١١٤ و ١١٨ من النظام التجاري السعودي  
الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢ وتاريخ ١٥/١/١٣٩٠ هـ .
- (٣) انظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الإفلاس ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦  
صفحة ٢٠١ .

ومن آثار الافلاس المتعلقة بشخص المدين تقييد حريته والحيلولة بينه وبين ممارسة حقه في الحركة والانتقال . اذ يمكن للمحكمة أن تحجزه أن تضعه تحت المراقبة (١) ، كما أنه لا يستطيع التغيب عن محل اقامته دون اخطار أمين التفليس كتابه بمحل وجوده (٢) . وهى أمور أقرتها الشريعة الاسلامية أيضا ، واستندت أحكام قضائية الى هذا الاقرار ، فقد أكدت محكمة استئناف الشارقة في الاستئناف المدني رقم ١٣٤ / ١٩٨٠ أن منع المدين من السفر تدبير أقرته الشريعة الاسلامية ، وأضافت بأن القاضي يتخذ قراره بشأن هذا التدبير بأمر على العريضة وليس كحكم قضائي ، ويتم التظلم منه الى القاضي الذي أصدره ، وقراره في هذا الشأن يكون قابلا للاستئناف (٣) . وورد في بداية المجتهد أن الرسول صلي الله عليه وسلم قال " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته " وفسرت العقوبة بالحبس (٤) . ويرى الامام مالك منع المسجون لدين من الخروج للجمعة أو العيد أو الحج ، ووجه ذلك أن الدين من حقوق الأدميين ، فليس للمفلس اسقاطها لعبادة لا يفوت وقتها (٥) .

(١) انظر المواد : ٦٨٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي و ١١٠ نظام تجاري سعودي و ٢٣٩ تجاري مصري و ٣٥١ اردني و ٥٢٤ تجارة لبناني و ٦٤١ تجارة سوري . أما المواد ٣١ افلاس بحريني و ٥٧٦ تجارة كويتي و ٦٠٣ تجارة عماني فلا تقرر لقاضي التفليس حق حجز المفلس وانما تسمح له فقط بوضعه تحت المراقبة ، علما بأن القانون الفرنسي السابق لتاريخ ٢٣ تموز سنة ١٩٦٧ كان يسمح بحجز المفلس الا أن القانون الجديد لا يتضمن مثل هذا الحكم .

(٢) انظر المواد : ٦٩٤ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي و ٥٧٤ كويتي و ٦٠٣ تجارة عماني و ٣٢ افلاس بحريني .

(٣) انظر: مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل في دولة الامارات العربية المتحدة ، أبو ظبي ، العدد ٣١ السنة التاسعة ، جمادي الثانية ١٤٠٢ هـ ، ابريل ١٩٨٢ م صفحة ١٣٣ .

(٤) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد القرطبي ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ١٣٩٥ هـ ، ١٩٧٥ م ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر صفحة ٢٨٥ .

(٥) انظر : المنتقى ، شرح موطأ إمام دار الهجرة ، مالك بن أنس رضى الله عنه ، تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الأندلسي ، مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢ هـ صفحة ٨٨ .

ومن المفاعيل المتعلقة بشخص المدين أيضا عدم قدرته على ممارسة حقوقه السياسية والمهنية وبعض الحقوق المدنية ، فمن المتعذر عليه أن يكون ناخبا أو منتخبا في مجلس وطني أو نيابي أو أن يكون مديرا أو عضوا في مجلس ادارة شركة (١) .

ومن آثار الافلاس المتعلقة بمال المدين نشوء أثر فوري ينطبق على الفترة الزمنية اللاحقة لصدور حكم الافلاس يتمثل في غل يده ومنعه من مباشرة أعمال الادارة والتصرف في أمواله وأثر رجعي يمتد لفترة سابقة لصدور الحكم يطلق عليها اسم فترة الريبة أو المدة المشبوهة *Periode suspecte* حيث افترض المشرع أن تصرفات المدين خلال هذه الفترة غالبا ما يشوبها الشك في سلامة نواياه ، مما استلزم تنظيم تصرفاته خلالها بموجب نصوص ترد عليه قصده وتفسد غشه لثلا تؤدي تلك التصرفات للأضرار بجماعة الدائنين .

وسنركز الجهد في هذا البحث على تناول موضوع : " غل يد المفلس " الأمر الذي يحتم بقاء هذه الدراسة في اطار آثار الافلاس المتعلقة بمال المدين ، وتحديدًا تلك التي تنشأ بأثر فوري وتنطبق على الفترة الزمنية اللاحقة لصدور الحكم ، مما يعنى اغفال التعرض لمفاعيل الافلاس المتعلقة بشخص المفلس أو تلك التي تتعلق بأمواله الا أنها تنشأ

(١) اقتصر نص المادتين ٥٠٠ تجارة لبناني و ٦١٦ تجارة سوري على سقوط حق المفلس بأن يكون ناخبا أو منتخبا في مجالس سياسية أو مختصة بالمهن أو أن يقوم بوظيفة أو بمهمة عامة . وقد وسع المشرعان الكويتي ( م ٥٧٥ تجارة ) والعماني ( م ٦٠٢ تجارة ) من نطاق هذا الحظر اذ أضافا اليه " ولا أن يكون مديرا أو عضوا في مجلس ادارة أية شركة " . أما المشرع الأردني ( م ٣٢٦ تجارة ) فقد جعل السقوط شاملا للانتخاب للمجالس البلدية أيضا ، وعلى النحو الأخير سار المشرع الاماراتي ( ٦٨٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية ) . أما المشرع البحريني ( م ٣٣ افلاس ) فقد وسع كثيرا من حالات سقوط الحقوق اذ جعلها تشمل - علاوة على ما سبق - حظر اشتغاله بأعمال الوكالة أو التصدير أو الاستيراد أو السمسرة في بيع أو شراء الأوراق المالية أو البيع بالمراد العلني .

وواقع الأمر أننا لن نتناول في هذه الدراسة كافة الجوانب المتعلقة بغل اليد حيث سنكتفي ببيان ماهيته ونطاقه الزمني مرجئين الخوض في تفصيلات نطاقه الموضوعي الى فرصة أخرى ان شاء الله ، فبذا لن نتعرض لا للأموال ولا للأعمال المشمولة بغل اليد ولا لتلك غير المشمولة به .

وغنى عن القول أن الوقوف على ماهية غل اليد والاحاطة بكنهه يستلزم بيان المقصود به والغاية منه والتعرف على مشروعيته والتعرض لأساسه التاريخي وطبيعته القانونية .

وعلى ذلك ، فسنتناول موضوع غل يد المفلس : ماهيته ونطاقه الزمني في أربعة مباحث نخصص الأول منها لتحديد المقصود بغل اليد وبيان مشروعيته ، ونكرس المبحث الثاني لتناول الغاية من غل اليد وأساسه التاريخي ، في حين نعقد المبحث الثالث للطبيعة القانونية لغل اليد ، وننهي هذه الدراسة بمبحث رابع نخصصه للنطاق الزمني لغل اليد .

وستتمحور دراستنا هذه حول النصوص القانونية في دولة الامارات العربية المتحدة بصفة خاصة (١) وتشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بصفة عامة مع الاشارة

(١) على الرغم من تمحور الدراسة حول النصوص القانونية في دولة الامارات العربية المتحدة الا أن القارئ يلاحظ خلوها من أحكام القضاء . وواقع الأمر أنني بذلت جهداً أملاً في العثور على أحكام تتعلق بالافلاس بصورة عامة وبغل اليد بصفة خاصة ، ولم يحالفني الحظ في العثور على حكم واحد سواء في مجموعات الأحكام الصادرة في دولة الامارات أم في المجالات المتخصصة فيها ، ولا حتى في الأحكام غير المنشورة الموجودة لدى المحكمة الاتحادية العليا . ويبدو أن التهرب من آثار حكم الافلاس الشخصية والمالية والاجتماعية يحفز أطراف المنازعات التجارية على الوصول الى تسويات ودية خارج اطار المحاكم .

بين الخين والآخر لما يجرى عليه العمل في بعض الدول العربية والأجنبية مقارنا بأحكام  
الشرعة الاسلامية . والله ولي التوفيق .

## المبحث الأول

## المقصود بغل اليد ومشروعيتها

غل اليد لغة يعني وضع طوق من حديد أو جلد في اليد بقصد تقييدها (١) ، والغلل أصله تدرع الشيء وتوسطه ، والغل مختص بما يقيد به فيجعل الأعضاء وسطه وجمعه أغلال (٢) ، وورد في لسان العرب لابن منظور أن الغل جامع توضع في العنق أو اليد (٣) ، قال تعالى " انا جعلنا في أعناقهم أغلالا ( ٤ ) أي جوامع تجمع أيديهم الى أعناقهم . وفي هذا السياق ورد معنى الغل في الآية الكريمة " خذوه فغلوه " (٥) . وهو خطاب موجه لخزنة جهنم يأمرهم فيه بجمع يديه الى عنقه في الغل . وقال تعالى " وقالت اليهود يد الله مغلولة غلت أيديهم " (٦) ، والمقصود أنه لما ضيق الله على اليهود بتكذيبهم الرسول صلي الله عليه وسلم بعد أن كانوا أكثر الناس مالا عمدوا الى القول بأن يد الله مقبوضة عن ادرار الرزق عليهم والمقصود بعبارة " غلت أيديهم " أمسكت عن فعل الخير ، وهو دعاء عليهم .

والمقصود بغل اليد قانونا الحؤول بين المدين المفلس وإدارة أمواله والتصرف فيها والتقاضي بشأنها واسناد ذلك الى أمين التفليس .

(١) انظر المنجد في اللغة والاعلام ، الطبعة السابعة والعشرين ، منشورات دار المشرق بيروت ١٩٨٤ صفحة ٥٥٦ .

(٢) انظر : المفردات في غريب القرآن تأليف أبي القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ، طبعة ١٩٦١ صفحة ٣٦٣ .

(٣) انظر : لسان العرب لابن منظور رقم ٥ دار المعارف ، بدون تاريخ صفحة ٣٢٨٨ .

(٤) سورة يس ، الآية ٨ .

(٥) سورة الحاقة ، الآية ٣٠ .

(٦) سورة المائدة الآية ٦٤ .

وعلي الرغم من أن المادة ٢١٦ من قانون التجارة المصري لم تتعرض الا كرفع يد المفلس عن ادارة أمواله ، الا أن الثابت انصراف الرفع الى التصرف في الأموال لاتحاد العلة في الحالتين ، هذه العلة التي تتمثل في حماية الدائنين من كل ما من شأنه الاضرار بهم وانتقاص مالهم من ضمان عام (١) خاصة وأن الخشية من هذا الأضرار تتجسد في أعمال التصرف أكثر منها في أعمال الادارة مما يجعل رفع اليد شاملا أعمال التصرف من باب أولى (٢) .

وبناء على ما سبق فقد درجت نصوص التشريعات علي حظر أعمال الادارة والتصرف بالنسبة للمدين المفلس ، فالمادة ١/٦٨٥ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي تقضى بأن " يمنع المفلس - بمجرد صدور حكم اشهار الافلاس - من ادارة أمواله والتصرف فيها " . (٣)

وقد أقرت الشريعة الاسلامية غل اليد فالمادة ٩٩٨ من مجلة الأحكام العدلية (٤) تقضى بأنه " لو ظهر عند الحاكم مما طلة المديون في أداء دينه حال كونه مقتدرا وطلب

(١) انظر : مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية والافلاس ، الأسكندرية ١٩٨٢ رقم ٤٥٢ صفحة ٣٩٩ . وقد أيدت ذلك محكمة النقض المصرية إذ قضت بأن حكم اشهار الافلاس يغل يد المدين عن ادارة أمواله والتصرف فيها من يوم صدور الحكم بذلك .  
انظر الطعن رقم ٤٦٠ س ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٠ / ١٢ / ٢٢ أشار اليه مدحت محمد الحسيني في كتابه ، الافلاس ، دار المطبوعات الجامعية الأسكندرية ١٩٩٣ صفحة ٣٢٤ .

(٢) انظر : الياس ناصيف ، الكامل في التجارة ، المرجع السابق صفحة ٢١٩ .

(٣) علي هذا النحو وردت نصوص المواد ٥٧٧ كويتي و ٣٤ افلاس بحريني و ٦٠٤ تجارة عماني و ٥٠١ تجارة لبناني و ٦١٧ تجارة سوري و ٣٠٧ تجارة اردني و ١٤ و ١٥ تجارة فرنسي جديد حيث تتحدث كلها عن حظر أعمال الادارة والتصرف ، أما المادة ١١٠ من نظام التجارة السعودي فقد نصت على اعتبار تصرفات المفلس الفعلية والقولية غير نافذة اعتبارا من تاريخ قرار الافلاس .

(٤) وهي المجلة التي عدلتها وصدرتها جمعية المجلة في باب المشيخة الاسلامية الجليلة ، وقد اعتمدتها مديرية العدلية في الاتحاد السوري بموجب أمر رقم ٢٢٨ وتاريخ ٧ نيسان سنة ١٩٢٣ م ، ووزعتها على المحاكم فأصبح مدار تطبيق الأحكام عليها فقط . انظر الطبعة الخامسة من مجلة الأحكام العدلية ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م نقلا عن الطبعة الثانية ١٩٢٣ تسقيق المحامي نجيب هواويني مطبعة شعار كود مشق .



الغرماء ببيع ماله وتأدية دينه ، حجز الحاكم ماله ، وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه ، فيبدأ بما بيعه أهون في حق المدين بتقديم النقود أو لا<sup>٤</sup> ، فان لم تف فالعروض ، وان لم تف العروض أيضا فالعقار " .

كما قضت مادتها ال ٩٩٩ بما يلي " المدين المفلس الذي دينه مساو لما له أو أزيد ، اذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره ، وراجعوا الحاكم ليحجزه من التصرف في ماله أو اقراره بدين لآخر ، حجزه الحاكم وياع أمواله وقسمها بين الغرماء ، ولكن يترك له من الألبسة ما يحتاج اليه ، وان كان للمدين ثياب ثمينه ، وكان يمكنه الاكتفاء بما دونها باعها واشتري له من ثمنها ثيابا رخيصة تليق بحاله وأعطى باقيها للغرماء أيضا ، وكذلك ان كان له دار وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشتري من ثمنها دارا مناسبة لحال المدين وأعطى باقيها للغرماء " .

وهكذا فقد جعلت الشريعة الاسلامية الحجر طريقة لغل يد المدين المفلس ، والحجر لغة : المنع والتضييق (١) وشرعا : المنع من التصرفات المالية أو التصرف في الملك (٢) . وقد عرفه بأن صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته (٣) . وهو نفس المعتمد لدي المالكية مع اضافة عبارة " أو تبرعه بماله " .

(١) ورد في الصفحة ١٦٢ من كتاب طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية تأليف الشيخ نجم الدين بن حفص المطبوع سنة ١٣١١ هـ ، والذي أعادت مكتبة المثنى في بغداد طباعته بالأوفست أن " الحجر : المنع من حد دخل ، والحجر بكسر الحاء الحرام لأنه منع منه ، والحجر العقل لأنه مانع عن القبائح ، وحجر السفه منه من التصرفات " .

(٢) انظر : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٤ هـ ١٩٧٥ صفحة ٨٨ . وانظر في نفس المعنى : المغني لابن قدامة وتعليق محمد سالم محيسن - شعبان محمد اسماعيل ، الجزء الرابع ، مكتبة الجمهورية العربية - مكتبات الكليات الأزهرية - بدون تاريخ صفحة ٥٠٥ .

(٣) انظر حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء تأليف سيف الدين أبي بكر محمد أحمد الشاشي القفال، تحقيق ياسين درادكة ، دار الباز، مكتبة الرسالة الحديثة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ صفحة ٥٢٤ =

وقد قال بمشروعية الحجر بسبب الدين كل من :

١- الشافعية : اد ورد في كتاب الأم (٢) أنه " اذا استعدى على الرجل في الدين فثبت عليه شيء أو أقر منه بشيء انبغى للقاضي أن يحجر عليه مكانه ، ويقول قد حجرت عليه حتى أقضى دينه وفلسته ثم يحصى ماله .

٢- الحنابلة : اذ يرون أن المدين الذي لا يفي ماله بما عليه من الديون الحالة يكون عرضه للحجر عليه اذا طلب غرماؤه كلهم أو بعضهم ذلك من الحاكم الذي يلتزم بالاستجابة للطلب عند وقوعه لما روى عن كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله حتى قام بغير شيء ، وقد أصاب الغرماء خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم الرسول صلى الله عليه وسلم " ليس لكم الا ذلك " (٣) ، ولأن في الحجر دفعا للضرر عن الغرماء (٤) .

-----

== وعرفه البعض بأنه " المنع من أشياء مخصصة بأوصاف مخصصة " انظر : الاختيار لتعليل المختار تأليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصل الحنفي ، المجلد الأول ، الجزء الثاني ، دار المعرفة بيروت الطبعة الثالثة ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥م صفحة ٩٤ .

(١) انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، تأليف أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، الجزء الثاني ، مطبعة البابي الحلبي مصر ١٣٧٢ هـ ١٩٥٢م صفحة ١٣٧ .

(٢) انظر كتاب الأم لأبي عبد الله محمد بن ادریس الشافعي ، رواية ابن محمد الربيع بن سليمان المرادي طباعة دار الشعب القاهرة رمضان سنة ١٣٨٨ هـ ، ديسمبر ١٩٦٨م ، الجزء الثالث صفحة ١٨٧ .

(٣) انظر : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، المرجع السابق صفحة ٨٨ .

(٤) انظر : الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل تأليف أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية بيروت ١٩٧٩ صفحة ١٦٩ ، وانظر : الروض المربع شرح زاد المستنقع - مختصر المقنع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف شرف الدين أبي النجا الحجاوي ، الجزء الأول مكتبة الرياض الحديثة الطبعة السادسة ١٣٧٩ هـ صفحة ٢٠٢ .

٣-المالكية: فقد ورد عنهم القول " ومن كان عليه دين يحيط بماله ولم يوقف لتفليس ، فجائز أن يقضي بعض غرمائه دون بعض ، وجائز تصرفه في بيعه وشرائه وسائر معاوضاته . . . ما لم يفلسه الحاكم ويحال بينه وبين ماله " (١) .

٤-الحنفية: فمشروعية الحجر بسبب الدين هي المختار من مذهبهم ، فقد ذهب الصاحبان ( أبو يوسف ومحمد ) الى أنه اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه ، حجر عليه القاضي ومنعه من التصرفات والإقرار حتي لا يضر بالغرماء .

أما أبو حنيفة فيرى أنه لا يحجر على المدين ، وإنما يمكن حبسه حتى يوفي الدين قياسا على السفية ، وذلك تأسيسا على أنه لا يحجر على العاقل الحر البالغ ، وإن كان سفيفا ينفق ماله فيما لا مصلحة له فيه ، لأن الحجر عليه اهدار لآدميته والحاق له بالبهائم، وضرره بذلك أعظم من ضرر بالتبذير وإضاعة المال ولا يجوز تحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى(٢)

ويتفق ابن حزم مع أبي حنيفة في رأيه اذ يذهب الى أنه لا يجوز الحجر على أحد في ماله الا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه ، فاذا بلغ الصغير وأفاق

(١) انظر الكافي في فقه اهل المدينة المالكي تأليف أبي عمر يوسف بن عبد الله القرطبي تحقيق محمد محمد أحمد الموريتاني الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م الصفحتين ٨٢٨ و ٨٢٩ ، وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، الجزء الثالث - مطابع عيسى الحلبي ، بدون تاريخ صفحة ٢٩٢ .

(٢) انظر : الاختيار لتعليل المختار لعبد الله الموصل الحنفي ، المرجع السابق صفحة ٩٨ ، وانظر الفتاوي الهندية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان تأليف العلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام ، المجلد الثالث ، دار احياء التراث العربي ببيروت لبنان الطبعة الثالثة ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م صفحة ٦٣٤ .

المجنون جاز أمرهما في مالهما . ويستند في رأيه الى ما روى عن طريق أبي داود عن ابن عباس أن عليا بن أبي طالب قال لعمر بن الخطاب : أو ما تذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم " (١) .

ويرى أبو يوسف أن الحجر بسبب الدين كالحجر بسبب السفه . فبذا لا يكون الا بقضاء القاضي ، بينما ذهب محمد الى أن الحجر بسبب السفه كالحجر بسبب الجنون حيث يكون بغير قضاء " (٢) .

-----

(١) انظر: المحلى لابن حزم ، الجزء الخامس ، دار الفكر ، بدون تاريخ رقم ١٣٩٤ ، الصفحات ٢٧٨ - ٢٧٩ .

(٢) انظر الفتاوى الهندية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام المرجع السابق صفحة ٦٣٨ .

## المبحث الثاني

### الغاية من غل اليد وأساسه التاريخي

#### أولاً: الغاية من غل اليد :

تكمّن العلة من غل يد المفلس - باعتبار ذلك نتيجة حتمية تتقرر بقوة القانون بمجرد صدور حكم اشهار الإفلاس - في تحقيق الغاية من نظام الإفلاس ذاته . والمعلوم أن الإفلاس يتفيا بصفة أساسية تحقيق مصلحة الدائنين وحمايتهم من تصرفات المدين المفلس ، إذ يخشى أن يندفع هذا المدين ، فيما لو بقيت يده على أمواله التي تعلّق بها حق الغير ، والتي تعتبر بمثابة الضمان العام للدائنين ، في مباشرة تصرفات تضرّ بأولئك الدائنين ، كأن يُبددها أو يُهمل إدارتها مما يؤدي لنقصان الضمان العام <sup>(١)</sup> ، أو يؤثر الوفاء بديون البعض دون البعض الآخر مما يُخل بمبدأ المساواة بين الدائنين <sup>(٢)</sup> . هذه المساواة التي تُعدّ خصيصة لصيقة بنظام الإفلاس وتعتبر بمثابة أم الائتمان وجوهر نظامه <sup>(٣)</sup>. *génératrice d'ordre et mère de crédit*

(١) - انظر : مصطفى طه ، القانون التجاري ، الإسكندرية ١٩٨٦ رقم ٦٩٩ صفحة ٦٤٥ ، وانظر على البارودي ومحمد فريد العريني ، القانون التجاري دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٨٦ رقم ٤٤٨ صفحة ٧١٧ .

(٢) - انظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، الكويت ١٩٧٢ رقم ٨٦٣ صفحة ٤١٨ .

(٣) - انظر : , *Traité de droit commercial par Joseph Hamel Gaston*

legardé et Alfred Jauffret, tome deuxième, Dalloz, Paris 1960 N<sup>o</sup> 1260. p. 342 .

وتحقيقاً للغرض من الحكم بإشهار الإفلاس ، والمتمثل بالتصفية الجماعية لأموال المدين، فقد جعل المشرع لهذا الحكم حجية مطلقة خلافاً للقاعدة التي تقضي بأن للقاعدة القانونية حجية نسبية بحيث يقتصر أثرها على أطرافها ؛ وعليه فإن أثر هذا الحكم ينصرف إلى كافة الدائنين حتى لو كانوا خارجين عن نطاق الدعوى (١) .

ومن جانب آخر ، فإن الإفلاس يستهدف كذلك رعاية مصلحة المدين ذاته عن طريق تمكينه وعودته للعمل بصحيفة بيضاء Clean slate ، وهو بذلك يختلف عن التصفية Winding up التي تستهدف فقط وضع نهاية لما تتم تصفيته (٢) .

وعلاوة على ما سبق ، فإن غل اليد يُعتبر شبحاً يخيفُ المدينين جميعاً ، إذ ليس أقسى على نفس الإنسان من أن يجد نفسه وقد جُردَ من حريته في التصرف بأمواله وإدارتها ، وعُهد بذلك إلى أمين التفليسة ( السنديك ) ، الأمر الذي يُشكّل رادعاً قوياً يحفز المدينين إلى عدم الوصول إلى هذه المرحلة (٣) .

---

( ١ ) -انظر : علي البارودي ومحمد فريد العريني ، القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٤٤٥ صفحة ٧١٥ .

( ٢ ) -انظر :

Charleworth's Mercantile law , 14 th edition by Clive M. schmitthoff and David Sarre , London 1984 , P. 637 .

وانظر . Commercial law , by R. M. Goode , London 1985 , p. 895 .

( ٣ ) - انظر : الزميل حسني المصري ، القانون التجاري ، الإفلاس ، الطبعة الاولى ١٩٨٨ رقم

١٢٧ صفحة ١٥٨

ومن هنا ، فقد رأينا المشرع يُرتب غل اليد بقوة القانون ، كما أن الفقه والقضاء قد أعطياه طابعاً آمراً *Caractère impératif* واعتبراه من النظام العام *D'ordre public* (١) .

وقد أقر جمهور الفقهاء المسلمين الحجر على المدين المفلس رعاية لمصلحته ولمصلحة المجتمع . وتتجلى رعاية المصلحة بالنسبة للمفلس في منعه من التصرف في ماله ووضعه تحت يد الحاكم لبيعه وقسمة الحصيلة على الدائنين مما يؤدي لخروجه من دينه مما وهمه حيث أن الدين هم بالليل ومذلة بالنهار ، فقد قال عمر من الخطاب رضي الله عنه " نفس المؤمن مرهونة بالدين حتى يقضي " .

أما رعاية المصلحة بالنسبة للمجتمع والدائنين فتتجلى في دفع الضرر عنهم لأن بقاء المفلس على رأس ماله قد يغريه في اللجوء إلى الحيلة لتبديده إضراراً بالدائنين وهو أمر منهى عنه عملاً بالحديث الشريف : " لا ضرر ولا ضرار " الذي يمثل قاعدة عامة أصولية من قواعد الفقه الإسلامي (٢) .

---

( ١ ) - Michel de Juglart et Benjamin Ippolito , Droit Commercial , Troisième volume 2<sup>e</sup> édition Paris 1977 , p. 160 .

انظر :

Ripert ( G.) Durnard (P.) et , Robolt ( R.) Traité élémentaire de droit commercial , tome 2, Paris 1961 , pp. 335-336.

( ٢ ) - انظر : عبد الغفار إبراهيم صالح ، الإفلاس في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ،

مطبعة السعادة القاهرة ١٩٨٠ صفحة ٥٩ وما بعدها

## ثانياً: الأساس التاريخي لغل اليد:

لئن تجسد غل اليد بمفهومنا الحالي في الحؤول بين المفلس وإدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها ، إلا أن هذا المفهوم لم يستقر إلا بعد مراحل طويلة من التطور ، فطبقاً لإجراءات عقد الاستدانة <sup>(١)</sup> Nexum التي قررتها الألواح الأثني عشر في القانون الروماني القديم كان جسد المدين محلاً للتنفيذ ، حيث أجازت تلك الإجراءات للدائن - بعد مضي ثلاثين يوماً على إمهال المدين - أن يعتقل المدين ويُقَيِّده بالسلاسل ويسترقه أو يشغله لدى الغير ويتقاضى أجره بل أجازت لهقتله إن أراد ، فقد كان سائداً العمل بمقولة " من لا يستطيع الدفع من محفظته يدفع من بدنه <sup>(٢)</sup> He who can not pay with his purse pays with his skin .

وفي حال تعدد الدائنين كان من حقهم عرض المدين للبيع ثلاث مرات ، فإن فشلوا في الحصول على مشترٍ قطعوا أوصاله وتقاسموها بنسبة حصصهم من الدين <sup>(٣)</sup> . واستمرت هذه القسوة التي تعود لتقديس حق الملكية عند الرومان <sup>(٤)</sup> . إلى أن جاء القضاء البريتوري الذي جعل للدائنين حقاً على أموال مدينهم بحيث يستوفون ديونهم مباشرة من تلك الأموال ، ولكن بعد تنازل

---

( ١ ) -انظر : زهدي يكن ، تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى بيروت ١٩٦٦ صفحة ٢٧٣ .

( ٢ ) -انظر : Bankruptcy and Insolvency Accounting , Practice and Procedure by Grant , W . Newton , N.U.1981 , P.51 .

( ٣ ) -انظر عبد الغفار إبراهيم صالح ، المرجع السابق صفحة ٢٥ وما بعدها .

( ٤ ) -انظر على الزيني ، أصول القانون التجاري الجزء الثالث ، الطبعة الثانية مكتبة النهضة المصرية ١٩٤٦ رقم ١٩٨ صفحة ٢١٥ .



المدين ذاته عنها لصالح دائنيه <sup>(١)</sup> Cessio de biens ثم ما لبث هذا القضاء أن سمح للدائنين باقتضاء ديونهم من أموال المدين دونما حاجة لرضاه عن طريق وضع يدهم عليها مع بقائها على ملكه Missio in possessionem . ثم تطور التشريع في أوائل الامبراطورية الرومانية فأجاز بيع أموال المدين بواسطة قيم يُعين لهذا الغرض . <sup>(٢)</sup>

وغني عن القول إن وضع اليد على أموال المدين مع بقائها على ملكه يؤدي لغلّ يده عن إدارتها وانتقال تلك الإدارة إلى وكيل عن جماعة الدائنين Curator Bonorum <sup>(٣)</sup> .

وإلى جانب نظام التصفية الجماعية الروماني الذي استقر أخيراً عرف القانون الجرماني نظاماً آخر خاصاً وفردياً يتمثل في احتفاظ المدين بأمواله والتصرف فيها مع تخويل الدائن الحق في حجز أي جزء من أموال المدين بحيث يصبح ذا حق يمكنه من

- 
- ( ١ ) لم يُعد لذلك من أثر في القوانين الحديثة إلا في القانون الإنجليزي حيث تنتقل ملكية أموال المفلّس قانوناً إلى مستلم ( أمين ) Receiver على أن تكون أمانة Trust في يده ليديرها تمهيداً لبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين ؛ وبهذه الطريقة تمتنع على المدين إدارتها أو التصرف فيها لأنها تصبح غير مملوكة له ، ولا تنفذ تصرفاته المتعلقة بها في مواجهة الدائنين الذين يعتبرون المتسلم Receiver مالكاً لحسابهم ومنذ واقعة الإفلاس لا منذ تعيين المتسلم . انظر : Introduction to commercial law by Hamblin and wright , London Sweet and Maxwell 1982 , P. 266
- ( ٢ ) - انظر : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق صفحة ١٢ وما بعدها .
- ( ٣ ) - انظر مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك والإفلاس ١٩٨٦ المرجع السابق رقم ٦٢٣ صفحة ٥٥١ .

استيفاء دينه من قيمة ذلك المال بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين ، وذلك تأسيساً على اعتبار جميع أموال المدين مرهونة رهناً عاماً لمصلحة كل دائن مما يُرتب له حقاً عينياً يتمسك به في مواجهة كل من تصرف إليه المدين بشيء من ماله بعد إشهار إفلاسه .

وقد استقى القانون الفرنسي أحكامه المتعلقة بالإفلاس من القانون الجرمانى في البداية ، ولكن بحلول القرن السابع عشر خرج من تأثير القانون الجرمانى معتقاً ما استقر في القانون الرومانى ومتأثراً إلى حدٍ بعيد بالأفكار الحديثة التي سادت في قوانين المدن الإيطالية والتي تأثرت بدورها بالشرعة الإسلامية كنتيجة لاحتكاكها بالمسلمين في الحروب الصليبية <sup>(١)</sup> . وما يُعزز هذا الاعتقاد أن أول عمل تشريعي صدر في فرنسا بتنظيم الإفلاس على أساس نظام التصفية الجماعية والمساواة بين الدائنين حسب ديونهم هو لائحة ٢ يونيو سنة ١٦٦٧ التي اقترحها تجار سوق ليون ، والتي نظمت أحكام تصرفات المفلس في فترة الرتبة نقلاً عن القوانين الإيطالية ، علماً بأن مثل هذه الأحكام غير موجودة في القانون الرومانى ، الأمر الذي يغلب الظن أن المدن الإيطالية نقلتها عن الشرعة الإسلامية <sup>(٢)</sup> .

( ١ ) - يدل على ذلك اختلاف الأوربيين وخاصة الفرنسيين في ترجمة كلمة " التفليس " الإسلامية فقد ترجمها موران Moran إلى Faillite وترجمها هوداس Houdas إلى déconfiture أي الإعسار ؛ وترجمها زاي عمار Zeys et Amar إلى insolvabilité judiciairement déclarée أي العجز أو العسر المصرح به قضائياً . انظر في ذلك اطروحة الدكتوراه التي تقدم بها بوفى R. Bouvet حول الإفلاس في القانون الإسلامى باريس ١٩١٣ صفحة ١١٦ . أشار لذلك شكري أحمد السباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، المرجع السابق ص ٣١٢ .

( ٢ ) - انظر عبد الغفار إبراهيم صالح ، الإفلاس في الشرعة الإسلامية المرجع السابق صفحة ٢٨ .

وفي انجلترا صدر أول قانون للإفلاس سنة ١٥٤٢<sup>(١)</sup> حيث خول الدائن وحده الشروع في دعوى الإفلاس وتقسيم أموال المدين وإرساله للسجن إذا بقيت ذمته محملة ببعض الإلتزامات ، إلا أن هذا القانون كان يطبق على التجار الصغار traders فقط ، الأمر الذي استوجب تعديله سنة ١٥٧٠ بحيث أصبح يطبق أيضاً على التجار الكبار أو تجار الجملة Merchants<sup>(٢)</sup> . وفي سنة ١٩٤١ صدر قانون الإفلاس الإنجليزي Bankruptcy Act مقترناً بقانون الصلح الوافي من الإفلاس Deeds of Arrangement الذي يعتبر مكمل له وقد عدل سنة ١٩٧٦ بموجب قانون Insolvency Act ، علماً بأن الأشخاص الطبيعيين يخضعون في انجلترا لنظام الإفلاس ، بينما تخضع الأشخاص المعنوية كالشركات لنظام التصفية القضائية الوجوبية وفقاً لأحكام قانون الشركات لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته .

أما الشرعة الإسلامية الغراء فقد وضعت اللبنة الأولى في بناء نظام الإفلاس بمفهومه الحديث ، إذ شرعت الحجر على المدين المفلس رعاية لمصلحة الغرماء وغلت يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، وأوكلت ذلك للقاضي الذي يتولى بيعها والوفاء بديون الغرماء على نحو ما تذهب اليه التشريعات الحديثة ، فبذا تكون هذه الشرعة صاحبة

---

( ١ ) - صدر قبل ذلك ومنذ سنة ١٢٨٣ قانون يُسمى Acton Burnell عدل بموجب قانون Statute of merchants 1285 ثم بموجب Statute of the staple 1353 وهريقضي بأنه إذا بقي المدين في السجن مدة تجاز الثلاثة أشهر دون أن يفلح خلالها ببيع منقولاته وعقاراته وفاءً لديونه خول الدائن وضع اليد على ممتلكاته إلى أن يفي بديونه شريطة التزام الدائن بتسديد نفقات ما يلزمه من خبز وماء طيلة وجوده في السجن . انظر : Commercial law by R. M. Goode ,

London 1985 , p. 32 .

( ٢ ) - Louis Levinthal , The Early History of Bankruptcy Law , University of -

Pennsylvania Law Review vol . 66 ( 1917 - 1918 ) .

السبق في الغاء التنفيذ على شخص المدين المفلس واستبداله بنظام التنفيذ على ماله ،  
فالثابت أنه إذا كان المدين معلوم العسرة فلا يجوز للغرماء حتى حبسه أو ملازمته  
لقوله تعالى : " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " (١) ناهيك عن هجر  
الشريعة الإسلامية لصنوف التنفيذ على جسده التي عرفت في التشريعات والأمم الأخرى .

والمدقق في نظام الحجر على المدين المفلس في الشريعة الإسلامية يخرج بنتيجة  
مقتضاها أن هذا النظام قد عرف كثيراً من القواعد التي مر رده من الزمن قبل استقرارها  
في أنظمة الإفلاس التي تعرفها التشريعات الحديثة ومن أمثلة ذلك .

١ - تأدية الحجر للتصفية الجماعية لأموال المدين استناداً إلى أن إقرارها إنما  
جاء رعاية لمصلحة جماعة الدائنين لا لمصلحة أحدهم حتى لو جاء قرار  
الحجر بناء على طلب ذلك الدائن . (٢) ومعلوم أن هذا النظام الذي تعرفه  
الشرائع الحديثة يختلف عن نظام التنفيذ الفردي الذي تعرفه الشريعة الجرمانية .

وعملاً بأحكام الشريعة الإسلامية قضت المادة ٤٠٨ من قانون المعاملات  
المدنية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بأن تُباع  
أموال المدين المحجور عليه ، وتقسم على الغرماء بطريق المحاصة . وقد  
أفصح المشرع في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون (٣) عن وجوب تطبيق

---

( ١ ) - سورة البقرة الآية ٢٨٠ .

( ٢ ) - انظر البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، المرجع السابق صفحة ٩١ حيث ورد " أن

الحجر لبعض الغرماء حجر لكلهم إذ حقهم في مال المحجور عليه سواء " .

( ٣ ) - انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي صفحة ٤٨٢ .

أحكام الفقه الإسلامي التي تقضي بجعل تصفية أموال المحجور عليه تصفية جماعية بحيث إذا ظهر غريم متأخر حاص بقية الغرماء فيما أخذه . وترتيباً على ذلك قضت محكمة التمييز في دبي بأن البنك الحاجز - الطاعن - لا يختص بحصيلة بيع عقار المدين المحجور عليه دون غيره من الدائنين (١) .

٢ - بقاء أموال المدين على ملكه رغم الحجر عليه (٢) ، بمعنى أن الحجر لا يؤدي لانتزاع ملكية أموال المحجور عليه خلافاً لما عرفه الرومان ولما يجري عليه العمل في الشريعة الإنجلوسكسونية.

٣ - تأدية الحجر لغل يد المدين عن أمواله الموجودة وقت الحجر عليه وتلك التي تجدد بعد ذلك نظراً لتعلق حق الدائنين بها . فهذا هو رأي الشافعية والحنابلة حيث يرون امتداد المنع من التصرف إلى المال الموجود والذي يوجد بعد دون حاجة إلى حجر جديد وذلك حرصاً على مصلحة الدائنين وضماناً لوصولهم إلى حقهم . أما الحنفية والمالكية وجمهور الفقهاء المسلمين فيرون أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر لأنه هو الذي يتعلق به حق الدائنين ، أما المال الذي يجدد بعدئذ فيحتاج إلى حجر جديد (٣) .

(١) - انظر الطعن رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨ حقوق - جلسة ١٩٨٩/٥/٢٢ مشار إليه في مجلة القضاء والتشريع الصادرة عن محكمة التمييز في دبي العدد الأول يناير ١٩٩٢ صفحة ٢٦٦ .  
(٢) - انظر فيما بعد : غل اليد لا يُعتبر نزاع ملكية صفحة ٢٧ .  
(٣) - انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي صفحة ٤٨٠ ؛ وانظر : المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي ، محمد مصطفى شلبي ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٩٦٩ صفحة ٥٠٩ .



٤ - عدم تأدية الحجر للتأثير على الحقوق الشخصية أو الأهلية بالنسبة للمحجور عليه (١) .

٥ - إقرار نفقة للمحجور عليه ولعائلته من أموال المدين (٢) .

٦ - ترتيب الحجر لأثر رجعي يتمثل في عدم جواز الاحتجاج بتصرفات المحجور عليه - حتى قبل الحجر - في أمواله بغير عوض من هبة أو صدقة لم تجر العادة بمثلهما على نحو ما تذهب إليه التشريعات الحديثة بالنسبة للتصرفات التي تحصل في فترة الرتبة إذ أن ذلك هو المختار من مذهب المالكية (٣) .

---

(١) - انظر فيما بعد ، غل اليد لا يعتبر نقص أهلية صفحة ٢٤ .

(٢) - فقد ورد عن أبي حنيفة ضرورة ترك جزء من مال المفلس يفي بحاجته من سكن وخادم وضرورة الاتفاق عليه بالمعروف إلي أن يُفرغ من قسمة ماله بين غرمائه . انظر كتاب المفتع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الجزء الثاني الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ المطبوع على نفقة الشيخ خليفة بن أحمد آل ثاني أمير دولة قطر صفحة ١٣٦ . وانظر كتاب الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل تأليف شيخ الإسلام محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي الجزء الثاني ، الطبعة الثانية المكتب الإسلامي بيروت ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ صفحة ١٨٥ وانظر كتاب الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن ادریس الشافعي الجزء الثالث الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ١٣٩٣ هـ ١٩٨٣ م صفحة ٢٠٢ .

(٣) - انظر : الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، الجزء الثالث ، دار المعارف بمصر ١٣٩٣ هـ صفحة ٣٤٥ ؛ وانظر : عبد الرزاق السنهوري ؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الخامس الصفحات ١٨١ ، ١٨٣ ؛ وانظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي صفحة ٤٦٣ .

٧ - سقوط آجال الديون وصولاً لإجراء التفصية الجماعية ، فقد جاء في توضيح الأحكام على تحفة الحكام :

وحل ما عليه من ديون إذ ذاك كالحلول بالمنون (١)

وخير دليل يبين بجلاء أثر الإسلام على النظم القانونية الغربية بصورة عامة ما ذكره دي سانتيلانا في مقاله عن الشريعة الإسلامية الوارد في كتاب " تراث الإسلام " الذي وضعته نخبة من المستشرقين ، فقد ذكر في الصفحة ٣١٠ أن أوربا اقتبست بالتأكيد بعض نظمها القانونية من قوانين العرب كالشركات وغيرها من مسائل القانون التجاري الفنية ، وإن المستوى الأدبي الراقي الذي بلغته تلك القوانين في بعض نواحيها أثر تأثيراً حسناً في تقدم التفكير القانوني الحديث في أوربا حتى في غير ما ذكر ( أي في المسائل غير التجارية ) وبهذا سجلت تلك القوانين فضلها الخالد (٢).

٨ - عدم جواز الحجر على شخص بسبب دين لم يحل أجله (٣).

( ١ ) - بمعنى أن تحمل عليه الديون المعجلة والمؤجلة ، كما تحمل على الإنسان بوفاته . انظر : توضيح الأحكام على تحفة الحكام ، صفحة ١٠٨ . أشار لذلك شكري أحمد السباعي ، المرجع السابق صفحة ٣٢٠ .

( ٢ ) - Among our positive acquisitions from Arab Law , There are legal institutions such as limited partnerships (quirad ) and certain technicalities of commercial law , But even omitting these , there is no doubt that the high ethical standard of certain parts of Arab Law acted favourably on the development of our modern concepts , and herein lies its enduring merit .

أشار لذلك : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢٠ صفحة ٢٤ .  
(٣) أنظر كتاب الكافي في فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل تأليف شيخ الاسلام محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، المكتب الاسلامي ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م بيروت صفحة ١٦٧ .

### المبحث الثالث الطبيعة القانونية لغل اليد

شهد التكييف القانوني لغل يد المفلس اتجاهات متعددة ، وعلى الرغم من أن الفقه وغالبية القضاء قد أجمعا على عدم اعتباره نقص أهلية أو نزع ملكية إلا أن رده لأساس قانوني واحد بقي محل اختلاف .

وعلى ذلك ، فسنتناول الطبيعة القانونية لغل اليد في مطلبين نخصص أولهما لتناول ما استقر عليه الرأي بخصوص عدم اعتباره نوعا من نقص الأهلية أو نزع الملكية ، بينما نخصص المطلب الثاني لتناول الآراء المتعلقة بأساسه القانوني .

#### المطلب الأول غل اليد لا يعتبر نقص أهلية أو نزع ملكية

أولا - غل اليد لا يعتبر نقص أهلية :  
يلاحظ أن بعض الأحكام في مصر قد اعتبرت غل يد المفلس مؤديا لفقدانه أهلية التقاضي ، فقد قضت محكمة أسيرط الابتدائية في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٠ (١) بأن " يفقد المفلس أهلية التقاضي بصور حكم الانلاس ، إلا أنه يسترد هذه الأهلية بمجرد صدور حكم بانتهاء التفليسة ويصبح أهلا للتعاقد والتقاضي فيما لا يمس أموال التفليسة التي صفيت في الحكم الأخير " . وعلى هذا النحو جاء حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٧ (٢) .

---

(١) انظر المحاماة السنة الثانية رقم ٥٠ صفحة ١٥٩ ، وانظر عبد المعين جمعة ، موسوعة القضاء في المواد التجارية دار الكتاب العربي للطباعة والنشر القاهرة ١٩٦٧ رقم ٨٦٦ صفحة ٤١١ .  
(٢) انظر : عبد المعين جمعة المرجع السابق رقم ٨٧١ صفحة ٤١٣ .



وعلى الرغم من هذه الأحكام ، فمن المتعذر اعتبار غل يد المفلس من قبيل نقصان الأهلية ، فالمقارنة بين الحالين تنبئ عن الاختلاف بينهما سواء من حيث الغاية أم من حيث النتيجة (١) ، فمن حيث الغاية ، فإن غل اليد يتغيا رعاية مصلحة دائني المفلس بصفة أساسية ، أما نقصان الأهلية فيستهدف رعاية مصلحة ناقص الأهلية وحده دونما نظر لرعاية مصلحة الغير . ومن حيث النتيجة ، فان تصرفات المفلس لا تكون قابلة للإبطال ، وإنما تكون صحيحة في العلاقة بينه وبين المتعاقد معه ، ولا يجوز لأحدهما أن يستند الى شهر الافلاس ليتنصل مما يفرضه عليه التصرف من التزامات ، كل ما في الأمر أن هذه التصرفات لا تكون نافذة في مواجهة جماعة الدائنين . وعليه ، فمن حق أمين التفليسة أن يتمسك بالعقد متى رأي فيه مصلحة لجماعة الدائنين ، إلا أن الغير الذي تعاقد مع المفلس لا يستطيع التحلل من العقد على أساس أنه باطل إذ أن العقد صحيح ونافذ بالنسبة اليه (٢) .

وعلاوة على ما سبق ، فإن نقص الأهلية يرتب أثرا عاما بحيث يسرى على تصرفات ناقص الأهلية الضارة له ضررا محضا أو التي تدور بين النفع والضرر في حين ينحصر أثر غل اليد في السريان على تصرفات المفلس المتعلقة بالأموال والحقوق التي تغل عنها يده .

وقد عبرت عما سبق محكمة مصر الابتدائية اذ ذكرت " إنه وإن كان يترتب على اشهار افلاس المدين تخليه عن أملاكه ورفع يده عنها حتى لا يتصرف فيها إضرارا بالدائنين

(١) انظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الافلاس ، المرجع السابق صفحة ٢٢٠ ، وانظر : على البارودي ومحمد فريد العربي القانون التجاري دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٨٦ رقم ٤٤٩ صفحة ٧١٧ .

(٢) انظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، منشورات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ رقم ٨٧٠ صفحة ٤١١ .

إلا أن المفلس يبقى أهلاً للتعامل مع الغير للتعاقد ويكون تصرفه صحيحاً فيما بين طرفيه وينتج أثره عند انتهاء التفليسة واسترداد المفلس لأمواله ، كل ما في الأمر أن تعهداته التي تقع بعد الإفلاس لا يمكن تنفيذها على أموال التفليسة " (١) .

ومن جانب آخر ، فقد قضى بأن " تعهدات المفلس ليست باطلة في ذاتها ، فهي صحيحة بالنسبة للمدين ولئن تعاقده معه " (٢) .

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية ، فعلى الرغم مما ذهب إليه زميلنا الاستاذ الدكتور وهبة الزحيلي (٣) من أنه " وبالحجر على المدين تنقص أهليته ويصبح كالصغير المميز " إلا أننا نرى أن الفقهاء المسلمين يجمعون على أن المفلس المحجور عليه كامل الأهلية ، فهو مخاطب بجميع التكاليف الشرعية ومسؤول عن كل أعماله ، فالأصوليون يعرفون أهلية الأداء بأنها صلاحية المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً (٤) ؛ وأهلية الأداء نوعان :

أ- كاملة تتحقق ببلوغ القدرتين درجات الكامل ، والقدرتان هما : قدرة فهم الخطاب ومناطها العقل ثم قدرة العمل به ومناطها البدن .

(١) انظر محكمة مصر الابتدائية ٢ مارس ١٩٢٧ أشار إليه في المحاماة السنة السابعة رقم ٤٧٩ صفحة ٨٢٤ ، وانظر حسنى المصرى ، الإفلاس المرجع السابق رقم ١٢٨ صفحة ١٥٩ ؛ وانظر استئناف مصر ١٩ مايو ١٩٣٥ ، المحاماة - ١٦ - ٢٩٨ ؛ و ١٤ يونيو ١٩٣٨ المحاماة ١٩ - ٨٦ ؛ وانظر على البارودي ومحمد فريد العريني ، المرجع السابق رقم ٤٤٩ صفحة ٧١٧ ، وانظر محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، المرجع السابق رقم ٨٦٤ صفحة ٤٠٨ ؛ وانظر مصطفى طه ، القانون التجارى ١٩٨٦ ، المرجع السابق رقم ٧٠٠ صفحة ٦٤٦ .

(٢) انظر المحلة الكبرى الجزئية ٤ مايو ١٩٣٣ ، المجموعة الرسمية السنة ٣٤ ، العدد التاسع رقم ٢١٨ .

(٣) انظر مؤلفه : الفقه الإسلامى وأدلته ، الجزء الرابع ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥ م صفحة ١٣٢ .

(٤) انظر : حسين النوري ، عوارض الأهلية ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ١٩٥٣ صفحة ٥١ .

**ب-ناقصة** وتحقق قبل بلوغ القدرتين كلتيهما أو قبل بلوغ احدهما درجة الكمال .

هذا ويستدل على اكتمال أهلية المفلس بما يلي : (١)

- ١- إن الحجر على شخص لا يعتبر مؤشرا قاطعا على نقص أهليته أو انعدامها ، فقد قسم الفقهاء المسلمون الحجر الى قسمين : حجر على الشخص لمصلحة نفسه كالمجنون والسفيه والصغير (٢) : وهنا يدل الحجر على عدم اكتمال الأهلية ؛ ثم حجر على الشخص لمصلحة الغير كالحجر على المفلس الذي لا يتأتى نتيجة خلل في أهلية الشخص وانما هو مقرر لحق الغرماء في أمواله ، الأمر الذي يجعل منه حجرا على المال لا على الشخص فبذا لا يؤدي لسلب أهليته أو يسها بنقص ولا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية . (٣)
- ٢- لا يجوز للقاضي الحجر على المفلس بغير سؤال الغرماء أو سؤاله هو نفسه ( عند الشافعية ) ولا يعتبر الحجر من النظام العام وانما هو حق شخصي للغرماء أو للمدين اذا طلبه صاحبه أجيب إليه واذا تركه لا ينوب عنه القاضي .
- ٣- تصح تصرفات المفلس في ماله قبل الحجر عليه عند الجمهور ، وتصح تصرفاته بعد الحجر عليه في ذمته بحيث يلاحق بها بعد فك الحجر عنه ، كما يصح نكاحه وطلاقه وخلعة ، وكل ما لا يضر بالغرماء والتصرفات المحصلة للمال كقبول الهبة والوصية .

(١) انظر : عبد الغفار ابراهيم صالح ، الافلاس في الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق صفحة ١٠٢ وما بعدها .

(٢) انظر : الروض المربع ، شرح زاد المستنقع ، المرجع السابق صفحة ٢٠٢ .

(٣) فقد ورد في كتاب الأم أنه اذا أفلس شخص وخُلي ثم كسب مالا جازت تصرفاته عليه من بيع وهبة حتى يُحدث له السلطان وقفا لأن الوقف الأول لم يكن وقفا لأنه غير رشيد وانما هو وقف لبمنعه ماله ويقسمه بين غرمائه . " انظر كتاب الأم للشافعي الجزء الثالث الطبعة الثانية ، بيروت المرجع السابق صفحة ٢١٣ .

٤- إن تصرف المدين المحجور عليه لا يعتبر باطلا في حد ذاته وإنما يعتبر غير نافذ في مواجهة جماعة الدائنين لتعلق حقهم بالمال الذي ينصب عليه التصرف ، علما بأن التصرف صحيح بين طرفيه ويمكن نفاذه من أموال المفلس بعد فك الحجر .

وانسجاما مع هذا التوجه قضت المادة ١٠٠٢ من مجلة الأحكام العدلية بأن " لا تعتبر تصرفات المدين المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر ، ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر ، ولو أقر لآخر بدين لا يعتبر إقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر ، ويعتبر بعد زوال الحجر ، ويبقى مديونا بأدائها ذلك الوقت ، وأيضا ينفذ إقراره على أن يؤدي مما يكتسبه بعد الحجر " .

### ثانيا - غل اليد لا يعتبر نزع ملكية :

لم تعد التشريعات الحديثة ترتب علي غل يد المفلس نزع ملكية أمواله وانتقالها الى جماعة الدائنين ، أو السماح بوضع يد الدائنين على تلك الأموال ، أو إلزامه بالتنازل عنها لدائنيه . ولم يبق لذلك من أثر باستثناء ما يأخذ به القانون الانجليزي على النحو السابق إيضاحه (١) . فالمستقر الآن أن يبقى المدين المفلس مالكا لأمواله الحالية والمستقبلية . ولا يؤثر غل اليد في هذه الملكية وإنما يؤدي فقط الى حرمانه من ادارة الأموال والتصرف فيها .

وعليه ، فإنه يجوز الحكم بمصادرة أموال المفلس بعد شهر إفلاسه أو وضعها تحت

---

(١) من المعلوم أن عناصر الذمة المالية للمفلس في القانون الانجليزي تنتقل الى أمين التفليسة بمجرد صدور حكم الافلاس Adjudication Order .



الحراسة ، وإذا تم استملاك بعض أمواله أو مصادرتها ، فإن ذلك يتم تجاه المفلس الممثل بأمين التفليسة ، وعند بيع أمواله نتيجة للاتحاد - سواء تم ذلك بالمزاد العلني أم بالتراضي - فإن ملكيتها تنتقل مباشرة من المفلس الى المشتري دون أن تمر عبر ذمة الدائنين ؛ وإذا بقي شيء من أمواله بعد انتهاء التفليسة عاد الى المفلس ، وإذا توفي أثناء إجراءات الإفلاس ، فإن أموال التفليسة تنتقل الى ورثته بحيث يوزع عليهم الفائض منها إن بقي شيء بعد التوزيعات على الدائنين (١) .

وإذا عمد وكيل التفليسة الى الوفاء بدين أحد الدائنين المرتهين ، ليتلافى التنفيذ على العقار المرهون في وقت غير مناسب ، فلا يترتب على ذلك أن تحل جماعة الدائنين محل الدائن المرتهن في الرهن وفي مرتبته ، وإنما يعتبر الوفاء حاصلًا من المدين المفلس ذاته (٢) .

وفي الشريعة الاسلامية لا يؤدي غل يد المدين الى نزع ملكية أمواله ، فالملكية في مذهب الحنفية مثلاً حق ثابت بالشرع لا يبطله الحجر فقد ذكروا أنه ينبغي الاتفاق من مال المفلس على ذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه لأن ذلك حق ثابت لغير المفلس فلا يبطله الحجر (٣) وقد ورد في كتاب الأم أنه اذا حدث وتم بيع شيء من أموال المفلس فإن العهدة

(١) انظر : مدحت محمد الحسيني ، الافلاس ، المرجع السابق رقم ٤٤ صفحة ٥٤ .

(٢) انظر نقض فرنسي ١٨٧٥/٣/٣٠ داللو ١٨٧٥/١/٣٥٣ أشار لذلك علي الزيني ، المرجع السابق رقم ١٩٩ صفحة ٢١٨ .

(٣) انظر شرح فتح القدير : تأليف الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي الجزء السابع الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق سنة ١٣١٧ هـ والذي أعادت طبعه بالأوفست مكتبة المشني ببغداد صفحة ٣٢٩ ؛ وانظر نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر - وهي تكملة فتح القدير للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفي ، الجزء التاسع دار الفكر ببيروت الطبعة الثانية ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧ م الصفحات ٢٧٦ - ٢٧٧ .

تكون عليه لأنه بيع للملكه وفي حق لزمه (١) ، وورد في موضع آخر من نفس الصفحة أنه لو حدث وأفلس رجل وعليه ألف درهم وترك دارا فبيعت بألف درهم ثم استحققت الدار فلا عهدة على الغريم المشتري بل العهدة على المفلس ، كما ذكر ابن قدامة وجوب ترك ما تدعو اليه حاجة المفلس من سكن وخادم والاتفاق عليه بالمعروف الى أن يفرغ من قسمة ماله بين غرمائه وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " ابدأ بنفسك ثم بمن تعول " ولأن ملكه باق عليه قبل القسمة " (٢) .

## المطلب الثاني الاساس القانوني لغل اليد

على الرغم من أن الفقه والقضاء قد أجمعا على عدم اعتبار غل اليد نوعا من نقص الأهلية أو نزع الملكية إلا أنهما شهدا اختلافا كبيرا بالنسبة للأساس القانوني الذي يستند إليه غل اليد وذلك وفقا للتفصيل التالي :

١- ذهب البعض الى اعتباره نوعا من حق عيني خاص مقرر على أموال المدين لمصلحة جماعة الدائنين ( ٣ ) جريا على ما يأخذ به القانونون

(١) انظر كتاب الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن ادریس الشافعي الجزء الثالث الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت المرجع السابق صفحة ٢٠٩ .

(٢) انظر كتاب المقنع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف الأمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الجزء الثاني الطبعة الثالثة المرجع السابق صفحة ١٣٦ .

(٣) انظر محمد سامي مذكور وعلي يونس ، الافلاس ، دار الفكر العربي ١٩٦١ صفحة ٢٢٨ ، وما زال أثر ذلك في بعض القوانين فالمادة ٤٨٧ من القانون البلجيكي تسمح بقيد رهن عقارى Hypothe'que legale على عقارات المدين لصالح جماعة الدائنين .

انظر : Baron Louis Frederico , précis de droit Commercial , Bruxelles 1970 n<sup>O</sup> 480 , pp . 508 -509 .

الألماني ( ١ ) ، حيث يعتبر أموال المدين سواء كانت منقولة أم عقارية محملة بحق عيني ، أي برهن عام لمصلحة الدائنين يثبت لهم منذ إشهار الإفلاس .

وهذا هو مذهب الشافعية اذ يرون عدم جواز التصرفات التي ترد على مال المفلس بعد الحجر عليه كالبيع والهبة لتعلق حق الغرماء بهذه الأموال كتعلق حق المرتهن بالشئ .  
محل الرهن (٢) .

ولكن يعاب على هذا التكييف أنه لا يتفق والأصول المرعية في إنشاء الحقوق العينية التبعية ومنعها الرهن ، فهذه الحقوق تستلزم اجراءات شكلية وعلنية وإشهار في سجل الرهن وتضمن ملخص القيد مجموعة من البيانات المتعلقة بالمدين الراهن والدائن المرتهن والشئ محل الرهن (٣) ، وذلك علاوة على أن الحقوق العينية التبعية معينة في القانون على سبيل الحصر وليس من بينها غل اليد (٤) .

٢- ذهب آخرون الى اعتباره تطبيقا للدعوى البوليصية L' action Paulien التي تقضى بعدم نفاذ تصرفات المدين المنطوية على الغش في مواجهة الدائن الذي يضار من هذه التصرفات . فغل يد المدين المفلس يعد تطبيقا لهذه الدعوى المدنية في مجال الافلاس بحيث تعتبر تصرفاته غير نافذة في مواجهة جماعة الدائنين على أن ينوب السنديك

(١) من المعروف أن القوانين الجرمانية القديمة لم تعرف طريقة التنفيذ الجماعي على أموال المدين وإنما جرت على مبدأ التنفيذ الفردي، بمعنى أن لكل دائن أن يبيع ما يحتجزه من أموال المدين ويستوفي دينه من ثمنه (٢) انظر : كتاب الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن ادریس الشافعي الجزء الثالث ، الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت المرجع السابق ١٣٩٣ هـ صفحة ٢١٠ .

(٣) انظر المادة ١٦٥ وما بعدها من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي .

(٤) وفقا لقانون المعاملات المدنية الاماراتي فان هذه الحقوق هي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز .

وانظر في نقد هذا الرأي : على الزيني ، المرجع السابق رقم ١٩٨ هامش صفحة ٢١٧ .

( أمين التفليسة ) عن هذه الجماعة في التمسك بعدم النفاذ ( ١ ) .

وهذا ما ذهب اليه المالكية إذ يرون أنه إذا أحاط الدين بمال المفلس - حتي لو لم يرفع أمره للحاكم ليحجر عليه - وتصرف تصرفا ضارا بمصلحة الدائنين ، وهو يعلم بأن ديونه قد أحاطت بماله ، فإن هذا التصرف لا ينفذ في مواجهتهم لأنه ينطوي على غش (٢) .

وهكذا فإن أصحاب هذا الرأي يذهبون الى أن غل يد المفلس مبنى علي افتراض الغش Fraude من جانبه افتراضا مطلقا ، بمعنى أن إشهار الإفلاس يخلق قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس مقتضاها أن المفلس الذي يتصرف في ماله بعد اشهار افلاسه يقصد حتما الإضرار بدائنيه ويرتكب بذلك غشا نحوهم ، الأمر الذي يؤدي لعدم نفاذ تصرفاته في مواجهتهم .

٣- ذهب آخرون الى أن من المبالغة القول بأن المشرع قد وضع قرينة مطلقة على غش المفلس

(١) انظر : Claude Dupouy, Le droit de Faillites en France , avant le code de commerce Paris 1960 , P, 115 .

= وانظر : Escarra (I) Cours de droit Commercial , librairie de Recueil Sirey Paris 1952 , pp. 1074 , 1075 .

وانظر : Baron Louis Frederico , précis de droit Commercial , Bruxelles 1970 no 480 p. 507 .

(٢) انظر الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير الجزء الثالث دار المعارف بمصر ١٣٩٣ هـ المطبوع على نفقة سمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان رئيس دولة الامارات العربية المتحدة صفحة ٣٦٦ وما بعدها ، وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، الجزء الثاني الطبعة الخامسة مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر ١٤٠١ هـ ١٩٨١م صفحة ٢٨٥ .



تجعل تصرفاته - في مواجهة جماعة الدائنين - غير نافذة ، وارتأوا أن الأقرب للصواب هو أن اشهار الافلاس يؤدي لانتفاء صفة المفلس في ادارة أمواله والتصرف فيها وحلول جماعة الدائنين التي يمثلها أمين التفليسة محله ، الأمر الذي يجعل منه مفتقرا للحق في مباشرة التصرفات بنفسه ، ويؤدي لعدم الاحتجاج بتصرفاته في مواجهة جماعة الدائنين نتيجة لهذا الحل Subrogation . (١)

٤- وذهب الرأي الراجح الى أن من المتعذر إسناد غل اليد لواحد من المبادئ القانونية المعروفة في القانون المدني ، فنظام الافلاس ذاته هو الذي يعتبر الأساس القانوني لغل اليد ، فالإفلاس يشكل حجزا شاملا لأموال المفلس بغية تصفيته وتوزيع الحصيلة على الدائنين . ومما لا شك فيه أن هذا الحجز يقتضى وضع المال المحجوز تحت يد القضاء تمهيدا لبيعه ، وهذا بدوره يستتبع منع المدين المحجوز عليه من التصرف فى أموال التفليسة . وهكذا ، فإن هذا الحجز الشامل يعتبر بمثابة منع من التصرف Indisponibilité يؤدي الخروج عليه الى عدم النفاذ أو الاحتجاج Inopposabilité في مواجهة جماعة الدائنين (٢) . ويؤسس البعض (٣) هذه النتيجة استنادا الى أن حكم الافلاس يحدث تعديلا جوهريا في المركز القانوني للدائنين ؛ فبعد أن كان الدائن يعتبر خلفا للمدين تسرى عليه تصرفاته مادامت خالية من الغش ، فإنه يصبح -بعد صدور حكم الافلاس - عضوا في جماعة الدائنين التي تعتبر بدورها من الغير tiers بالنسبة للمدين ، فبذا لا تسري عليها تصرفاته .

(١) انظر اسكارا ، المرجع السابق صفحة ١٠٧٥ .

(٢) انظر : Michel de juglart et Benjamin Lppolito , Droit Commercial ' op . cit . no 1157 , 162 .

وانظر على يونس ، الافلاس في القانون التجاري المصري ، دار الفكر العربي ١٩٥٧ رقم ١١٣ الصفحات ١١٠ - ١١١ .

(٣) انظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، المرجع السابق رقم ٨٦٤ صفحة ٤٠٩ .

## المبحث الرابع النطاق الزمني لغل اليد

### أولاً: بدء سريان غل اليد:

يترتب غل يد المفلس بحكم القانون *de plein droit* عن إدارة أمواله والتصرف فيها كأثر مباشر لصدور الحكم بإشهار إفلاسه . فطبقاً للمادة ٢١٦ من القانون التجاري المصري فإن الحيلولة بين المدين المفلس وإدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها تبدأ من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس ودونما حاجة لاتخاذ إجراء آخر كالنشر مثلاً (١) . وعلة ذلك أن الحكم يصدر في جلسة علنية في بلد المفلس ويذيع خبره خاصة وأنه يقتصرن بإجراءات معينة كإغلاق المحل التجاري ووضع الأختام عليه . ولو تأخرت آثار الإفلاس إلى ما بعد نشر الحكم فإن ذلك قد يؤدي للإضرار بالدائنين وإضعاف ضماناتهم إذ قد يعدد المفلس في الفترة الزمنية الواقعة بين صدور الحكم ونشره إلى التصرف في أمواله لأشخاص حسني النية مما يجعل تصرفه نافذاً في مواجهة جماعة الدائنين (٢) .

ومن المستحسن في الشريعة الإسلامية أن يشهد الحاكم علي الحجر وبأمر منادياً في البلد ليعلن أن فلاناً قد حجر عليه (٣) ، ويرى ابن قدامة أن ذلك مستحب وصولاً لتجنب تعامل الناس مع المفلس من جهة ثم لاحتمال عزل الحاكم ، فيؤدي الإعلان والإشهاد إلى تثبيت الحجر عند الحاكم الجديد والاستغناء عن توقيع حجر جديد (٤) .

---

(١) عندها يكون للمتضرر من عدم النشر أو تأخيره أن يرجع علي الشخص المسؤول مطالباً إياه بتعويض الضرر الذي لحق به .

(٢) انظر : علي الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ١٩٧ صفحة ٢١٣ .

(٣) انظر : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، المرجع السابق صفحة ٨٩ .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة الجزء الرابع ، المرجع السابق صفحة ٤٨٧ .

وهكذا ، فإن نطاق غل اليد يقتصر على أعمال الإدارة والتصرف التي تتم وتكتمل بعد صدور حكم إشهار الإفلاس ، ولا يمتد إطلاقاً ليشمل تلك التي تتم قبل صدوره ، فبذا لا يحتج في مواجهة جماعة الدائنين بأعمال المدين المفلس اللاحقة لتاريخ ذلك الحكم ، بينما يحتج في مواجهتها بالأعمال السابقة علي صدوره ، كل ذلك مع مراعاة البطلان الخاص بفترة الرتبة .

وبناء على ماسبق ، فإن من الأهمية بمكان تحديد الوقت الذي يتم فيه التصرف لتقرير ما إذا كان هذا التصرف مشمولاً بغل اليد أم لا . وقد تدق المسألة بالنسبة لبعض التصرفات وفقاً للتفصيل التالي :

ففي العقود التي تتم بين غائبين عن طريق المراسلة Cantrat Par Correspondance يلاحظ أن المادة ١٤٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (١) تقضي بأن :

" ١ - يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول مالم يقيم الدليل على عكس ذلك " .

وتطبيقاً لذلك ، فإنه اذا علم المتعاقد الموجب بقبول المفلس بعد شهر الإفلاس ، فلا يُحتج بالعقد في مواجهة جماعة الدائنين ، ويكون العقد مشمولاً بغل اليد ، أما اذا علم بقبوله قبل شهر الإفلاس ، فإنه يستطيع الاحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين مالم

---

(١) تقابلها المادة ٩٧ من القانون المدني المصري .

يكن قد وقع خلال فترة الريبة (١) .

وإذا عمد المفلس إلى حوالة حق ، فإن الحوالة لا تكون نافذة في حق الغير ( أى في مواجهة جماعة الدائنين ) إلا بإعلانها رسمياً للمحال عليه أو قبوله لها بوثيقة ثابتة التاريخ (٢) .

وقد ثار الخلاف بخصوص التصرفات التي يجريها المدين في يوم صدور الحكم بإشهار إفلاسه ، ولكن في لحظة زمنية سابقة على اللحظة التي صدر فيها الحكم ، فهل يمكن الاحتجاج بهذه التصرفات في مواجهة جماعة الدائنين أم لا ؟

ذهب رأي إلى جواز الاحتجاج بالتصرفات في مواجهة هذه الجماعة طالما أنها تمت في لحظة زمنية سابقة على لحظة صدور الحكم وذلك مراعاة للغير حسن النية (٣) .  
وأتساقاً مع مقتضى نص المادة ٢١٦ من القانون التجاري المصري الذي يقضي بأن " الحكم بإشهار الإفلاس يوجب محذور صدوره رفع يد المفلس " .

وذهب رأي آخر إلى عدم جواز الاحتجاج بهذه التصرفات في مواجهة جماعة الدائنين طالما

- 
- (١) انظر محمد سامي مذكور وعلي يونس ، الافلاس ، دار الفكر العربي ١٩٦١ صفحة ٢٣٤ .  
(٢) انظر المواد ١١٣٠ / ٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و٣٠٥ مدني مصري و١٦٩٠ مدني فرنسي .  
(٣) من هذا الرأي : على جمال الدين عوض ، الإفلاس ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ صفحة ٨٥ والزميل حسني المصري ، الإفلاس الطبعة الأولى ١٩٨٨ رقم ١٢٦ صفحة ١٥٥ .

أنها قد تمت في يوم صدور الحكم وبغض النظر عن ساعة صدوره (١) .

وحسماً لهذا الخلاف الفقهي جاء نص المادة ٦٨٥ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي ليقضي باعتبار التصرفات التي يجريها المفلس في يوم صدور حكم اشهار الإفلاس حاصلة بعد صدوره (٢) . فبذا لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة جماعة الدائنين بغض النظر عن ساعة وقوعها . وواضح أن في ذلك تغليباً لمصلحة جماعة الدائنين على مصلحة الغير حسن النية .

ومن جانب آخر ، فقد ثار الخلاف بخصوص التصرفات التي لا تنعقد أو لا يحتج بها في مواجهة الغير إلا بالتسجيل ، كما هو الحال بالنسبة لانتقال الملكية في العقار الذي لا يتم إلا بالإشهار عن طريق القيد في السجل العقاري ، فهل يُحتج في مواجهة جماعه الدائنين بانتقال ملكية العقار الذي باعه المدين ثم صدر حكم بإشهار إفلاسه قبل تسجيل عقد البيع ؟

وكما هو الحال بالنسبة للرسمية التي تلزم لانعقاد عقد بيع السفينة ، فهل يُحتج في مواجهة جماعة الدائنين بعقد بيع سفينة تمّ قبل اشهار إفلاس البائع إلا أن الرسمية فيه قد تراخت بحيث وقع الإفلاس قبل إتمامها ؟

(١) من هذا الرأي : الياس ناصيف ، الكامل في التجارة ، الإفلاس ، المرجع السابق صفحة ٢٢٢ ، محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الأول ١٩٥١ صفحة ٤٨٣ ، محمد سامي مذكور وعلي يونس ، الإفلاس ، المرجع السابق صفحة ٢٢٥ ؛ وهذا هو المستقر في الفقه الفرنسي .

(٢) على هذا النحو وردت نصوص المواد ١/٥٧٧ تجارة كويتي و ٦٠٦ تجارة عماني و ١/٣٤ إفلاس بحريني بينما اكتفت المادة ١١٠ من نظام التجارة السعودي بالإشارة إلى اعتبار تصرفات المفلس الفعلية والقولية غير نافذة اعتباراً من تاريخ الإفلاس .

لقد بات من المستقر الآن أنه لا يمكن الاحتجاج بهذه التصرفات في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا اكتملت الإجراءات اللازمة لها قبل صدور حكم الإفلاس ، فعلى هذا النحو جرى حكم محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ ١ / ٣ / ١٩٦٥ (١) ، وهو ما أخذ به حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٥٨ (٢) ، حيث قضت المحكمة بأن لا يعتبر حق الملكية قد ترتب للمشتري على العقار لعدم تسجيل عقد البيع الصادر من المفلس حتى صدور حكم الإفلاس ، ولا يجوز لهذا المشتري الاحتجاج بالبيع في مواجهة جماعة الدائنين الذين لهم اعتبار العقار باقياً في ذمة المفلس وضمن الضمان العام المقرر لهذه الجماعة ، وللمشتري أن يشترك في التفليسة بالثمن إن كان قد أداه قبل شهر الإفلاس ، ذلك لأن حكم الإفلاس قد أدرك العقار وهو لا يزال في ملكية المفلس وقد تعلق به غل اليد ، فلا يجوز بعد ذلك إتمام أي إجراء يترتب عليه إفلاته من الضمان العام المقرر للدائنين . ولا يمكن الاحتجاج بتسجيل صحيفة دعوى المشتري ، ذلك أن هذا التسجيل لا يكسبه ملكية العقار .

وقياساً على ذلك ، فإذا عمد حامل الأسهم إلى بيع أسهمه الاسمية لمشتري قبل إشهار إفلاسه ، إلا أنه تراخى في نقل ملكية الأسهم في سجل الأسهم الموجود لدى الشركة المصدرة لها بحيث صدر الحكم بإشهار الإفلاس قبل إتمام النقل ، فلا يكون أمام مشتري الأسهم إلا أن يعتبر دائناً للمفلس بالثمن الذي دفعه وبالتالي الخضوع لقسمة الغرماء .

(١) انظر النشرة القضائية ١٩٧٦ العدد التاسع رقم ٢١٧ صفحة ٣٥٣ .

(٢) انظر استئناف القاهرة ، الدائرة الثامنة التجارية في ١١/٤/١٩٥٨ رقم ٤٣٢ سنة ٧٣ ق ، مشار إليه في عبد المعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المواد التجارية ، المرجع السابق رقم ٨٦٢ صفحة ٤٠٩ .

ويرى زميلنا الدكتور حسني المصري (١) . أنه يجوز تسجيل ملكية العقار حتى آخر لحظة من لحظات الجلسة التي يصدر فيها حكم إشهار إفلاس البائع طالما كان المشتري حسن النية بأن كان لا يعلم بدعوى شهر الإفلاس (٢) ، فإذا لم يتم التسجيل حتى تلك اللحظة فإن التصرف لا ينفذ في مواجهة جماعة الدائنين لسريان مبدأ غل اليد لمجرد صدور الحكم ، بمعنى أنه يُمكن الاحتجاج ببيع العقار في مواجهة جماعة الدائنين إذا تمّ التسجيل في نفس يوم صدور الحكم بإشهار الإفلاس ، ولكن في لحظة سابقة لهذا الصدور .

وحسماً لهذه المسألة كذلك جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨٥ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي ليقرر أنه " إذا كان التصرف مما لا ينعقد ولا ينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل أو غيره من الاجراءات ، فلا يسري على جماعة الدائنين إلا إذا تمّ الإجراء قبل صدور حكم الإفلاس (٣) .

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فيرى جمهور الفقهاء أن تقييد تصرفات المدين إنما يتم بعد الحجر عليه ، بينما يرى المالكية أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال ( ٤ ) :

- 
- (١) انظر : حسني المصري ، الإفلاس ، المرجع السابق هامش رقم ١٢٦ صفحة ١٥٦ .
  - (٢) يُفترض هنا أن لا يكون المشتري من جماعة الدائنين حيث لا يسعه الادعاء بحسن النية وبعدم معرفته بالحكم القاضي بإشهار الإفلاس اذا كان منهم .
  - (٣) مطابقة للفقرة الثانية من كل من المادتين ٥٧٧ تجارة كويتي و ٣٥ إفلاس بحريني وللمادتين ٦٠٦ عماني و ٢١٧ مصري .
  - (٤) انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، المرجع السابق صفحة ١٢٤ ، وانظر : وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وأدلته الجزء الخامس ، تنمة عقود الملكية وتوابعها ، دار الفكر بدمشق الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ . ١٩٨٤ م الصفحات ٤٥٦ - ٤٥٧ .

**الأولى :** قبل التفليس : أى قبل نزع ماله منه وإعطائه للدائنين ، وفيها يُمنع من التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه (١) مما لم تجرِ العادة بفعله من هبة وصدقة وعق (٢) وإقرار بدين لشخص يُتهم عليه كولده وزوجته ، أمّا من لا يُتهم عليه فيُعتد بإقراره له . أما تصرفه بعوض فجائز مالم تكن فيه محابة .

**الثانية :** الإفلاس بالمعنى الأعم : وفيها لا يُرفع أمره إلى الحاكم وإنما يقوم عليه الغرماء الذين يكون لهم منعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء ولو بغير محابة ، ويُقبل إقراره لمن لا يُتهم عليه إذا كان في مجلس واحد أو قريباً بعضه من بعض .

**الثالثة :** الإفلاس بالمعنى الأخص : وفيها يحكم القاضي بتفليسه ويخلع ماله لغرمائه ، وتتحقق هذه الحالة بطلب الغرماء ، ويُمنع من التبرعات والمعاضات المالية .

هذا ، وقد تبنت رأي الجمهور المادة ٢/٤٠٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي إذ قضت بأنه يترتب على الحكم بالحجر ألا ينفذ في حق دائني المدين جميعاً تصرفه في ماله الموجود والذي يوجد بعد (٣) . وإقراره بدين لآخر منذ تسجيل مضمون الدعوى . فرعاية لمصالح الغير استلزمت المادة ٤٠٤ من قانون المعاملات المدنية

- 
- (١) المقصود فيما لم يطلب منه شرعاً ، أما المطلوب منه شرعاً كالنفقة على الأبناء فتصرفه بالنسبة إليه جائز حتى لو كان بغير عوض .
- (٢) أمّا ما جرت به العادة كالزواج فجائز .
- (٣) انظر ماسبق صفحة ٢١ . علماً بأن مجلة الأحكام العدلية قد أخذت برأي الجمهور إذ جاء نص مادتها آل ١٠٠١ على النحو التالي " الحجر للمدين يؤثر في مال المدين الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ، ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر " .



الإماراتي أن يقوم كاتب المحكمة بتسجيل مضمون دعوى الحجر في سجل خاص يُرتب بحسب أسماء المدينين المطلوب الحجر عليهم . وأصبح من المتعين على الكاتب تسجيل حكم الحجر من تلقاء نفسه في يوم النطق به ، فإذا صدر الحكم بالحجر انصرف أثر عدم نفاذ تصرف المحجور عليه في حق دائنيه بأثر رجعي إلى يوم تسجيل مضمون دعوى الحجر لا إلى لحظة صدور الحكم بالحجر ، بمعنى أن يُصبح لصدور الحكم بالحجر أثر متعدي بحيث تُصبح تصرفات المحجور عليه غير نافذة في حق دائنيه من يوم تسجيل مضمون دعوى الحجر .

### ثانياً: انتهاء سريان غل اليد:

يظل غل اليد قائماً طالما كانت التفليسة قائمة والى أن تنتهي حالة الإفلاس إما بالصلح أو الاتحاد . وإذا حدث وتم الاتفاق على الصلح مع ترك أموال المدين للدائن ، أو حدث أن أفلت التفليسة لعدم كفاية أموال المدين ، فإن غل اليد يبقى قائماً كذلك (١) ، ويحل السنديك ( أمين التفليسة ) محل المدين المفلس في إدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها وصولاً لبيع موجودات التفليسة وتوزيع الثمن على الدائنين قسمة غرماء .

ولا يزول غل إلا بانتهاء التفليسة بالصلح أو بالاتحاد وعندها يسترد المفلس حريته في الإدارة والتصرف والتقاضي منذ لحظة الانتهاء وبالحالة التي تكون عليها الأموال

---

(١) انظر : على حسن يونس ، الإفلاس في القانون التجاري المصري ، المرجع السابق رقم ١١١

ونظراً لأن حكم إشهار الإفلاس يُنشئ حالة قانونية جديدة تتجسد في غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها وحلول أمين التفليسة محله في ذلك ، فإن صدور أمر من محكمة النقض بوقف تنفيذ ذلك الحكم يُجرد أمين التفليسة من سلطاته التي خوله إياها القانسون ، ويُعيد للتاجر - وبصفة مؤقتة - صلاحية إدارة أمواله ، والتقاضي بشأنها إلى أن يتقرر مصير حكم إشهار الإفلاس بقضاء من محكمة النقض في الطعن المطروح عليها (٢) .

وفي الشريعة الاسلامية : ينتهي غل اليد عموماً بفك الحجر علي المدين المفلس سواء تم ذلك بحكم الحاكم أم بمجرد قسمة الأموال . وواقع الأمر أن الفقهاء المسلمين قد انقسموا بالنسبة لمسألة فك الحجر عن المفلس - وبالتالي انتهاء سريان غل اليد - إلى فريقين (٣) :

فريق يرى أن الحجر لا ينفك إلا بحكم القاضي ، فهو أمر ثبت بحكمه فإذا

- 
- (١) انظر استئناف مختلط ١٨ ابريل ١٩٣٧ ، المحاماة ، السنة ١٧ ، صفحة ١١٠٦ .
- (٢) انظر نقض ٢٢ / ١ / ١٩٧٩ طعن ٩٧٥ س ٤٧ ق . مشار اليه في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الجزء الرابع ، أنور طلبية ، دارالمطبوعات الجامعية ١٩٨٣ رقم ١١٢ صفحة ١٥٤ .
- (٣) انظر كتاب الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل تأليف شيخ الاسلام محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي المرجع السابق صفحة ١٨٧ .

لا ينفك إلا به ، وهذا هو رأي الصاحبين محمد وأبي يوسف (١) . والرأي الأظهر لدى الشافعية (٢) ، وبعض الحنابلة (٣) .

وفريق يرى أن الحجر يزول بمجرد الانتهاء من قسمة الأموال ودونما حاجة لفك القاضي ، حيث بهذه القسمة يتحقق المعنى الذي شرع من أجله الحجر ، وهو حفظ المال على الغرماء ، مما يستتبع ضرورة زوال الحجر بزوال هذا المعنى وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقضي بأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وهذا هو رأي المالكية (٤) ، الذين أضافوا أن الحجر على المفلس ليس كالحجر على السفیه ، فهو يثبت حتى قبل حكم الحاكم ، فبذا يمكن أن ينقضي بدون حكمه ، خلافاً للحجر على السفیه الذي لا يثبت إلا بحكمة ، وبالتالي لا ينقضي إلا بذلك الحكم ، كما أن هذا هو الرأي الأظهر لدى الحنابلة وبعض الشافعية .

-----

- (١) انظر : المغني ولبه الشرح الكبير للإمامين موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة المقدسي دار الكتاب العربي للتوزيع والنشر ، بيروت ، لبنان ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م صفحة ٥٢٥ .
- (٢) انظر : المذهب في فقه الإمام الشافعي ، تأليف أبي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ١٣٧٩ هـ ١٩٦٩ م صفحة ٣٣٤ .
- (٣) انظر : الروض المربع ، شرح زاد المستنقع ، المرجع السابق صفحة ٢٠٣ ، وانظر : المغني لابن قدامة ، الجزء الرابع المرجع السابق صفحة ٤٩٧ .
- (٤) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، المرجع السابق صفحة ٢٦٨ .

## الخلاصة

غل اليد لغةً وضع طوقٍ فيها بقصد تقييدها ، وقانوناً الحيلولة بين المدين المفلس وإدارة أمواله والتصرف فيها والتقاضي بشأنها وإسناد ذلك لأمين التفليسة ، وشرعاً المنع من التصرفات المالية أو التصرف في الملك .

وهو أمر أقرته التشريعات المختلفة باعتباره أثراً من الآثار المترتبة على حكم شهر الإفلاس كما أقره جمهور الفقهاء المسلمين عن طريق الحجر على المدين ، في حين عارضة كل من أبي حنيفة تأسيساً علي أنه لا يُحجر على العاقل البالغ لأن في الحجر عليه إهداراً لأدميته وإحاقاً له بالبهائم ، وابن حزم الذي ذهب إلى أنه لا يجوز الحجر على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه .

وتتجسد الغاية من غل اليد في المحافظة على حقوق الدائنين وحمايتهم من تصرفات المدين المفلس من جهة ثم في رعاية مصلحة المدين نفسه من جهة أخرى ، إذ يُخشى أن يستغل المدين بقاء أمواله تحت يده فيعمد إلي مباشرة تصرفات تضرّ بالدائنين كأن يبدها أو يهمل إدارتها مما يؤدي لنقصان الضمان العام ، أو يُحابى بعض الدائنين طريق الوفاء بديونهم فقط مما يُخل بمبدأ المساواة بين الدائنين . هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن غل اليد يُعتبر شبحاً يُخيف المدينين مما يشكل رادعاً قوياً يحفزهم على تحاشي الوصول لمرحلة الاكتواء بناره .

أما بالنسبة للمدين ذاته ، فإن غل يده يشكل فرصة لتخلّصه من عبء المديونية

بطريقة سليمة قد يتمكن بعدها من العودة لمباشرة نشاطه بصحيفة بيضاء .

ولئن تمثل غل اليد في مفهومنا الحالي بالحيلولة بين المفلس وإدارة أمواله والتصرف فيها والتقاضي بشأنها إلا أن هذا المفهوم لم يستقر إلا بعد مراحل طويلة من التطور ، فقد كان جسد المدين محلاً للتنفيذ في القانون الروماني حيث كان المدين يُباع أو يُسرق أو تتوزع أشلائه بين دائنية ، واستمر ذلك حتى العهد البريتوري الذي جعل أموال المدين ، لا جسده ، محلاً للتنفيذ .

وفي المانيا ساد نظام فردي يُخول كل دائن الحق في حجز أى جزء من أموال المدين بحيث يُصبح ذا سلطة عليه تمكنه من استيفاء دينه من قيمة ذلك المال بالأولوية على سائر الدائنين ، وتأثر القانون الفرنسي في البداية بالقانون الألماني ، ومن ثم بالقوانين الإيطالية التي تأثرت بدورها بالشرعية الإسلامية كنتيجة للاحتكاك بالمسلمين في الحروب الصليبية .

وُسجل للشرعية الإسلامية بحق وضع اللبنة الأولى لنظام الإفلاس بمفهومه الحديث أي القائم على التصفية الجماعية لأموال المدين ، ويتضح ذلك جلياً من تبنيها لمجموعة من المبادئ التي وجدت طريقها للاستقرار في القوانين الأخرى منها تأدية الحجر للتصفية الجماعية لأموال المدين حتى لو استند قرار الحجر إلى طلب أحد الدائنين فقط ، وبقاء أموال المدين على ملكه رغم الحجر عليه ، وسقوط آجال الديون بسبب الحجر ، وعدم الحجر مالم تكن الديون حالة ، وتأدية الحجر لغل يد المدين عن إدارة أمواله الموجودة وقت الحجر وتلك التي تجدد بعد ذلك نظراً لتعلق حق الدائنين بها .

وعلى الرغم من اجماع الفقه والقضاء على عدم اعتبار غل اليد نوعاً من نقص

الأهلية ، أو نزاعاً للملكية إلا أن الخلاف حول ردّه لأساس قانوني معين قد بقى قائماً .  
فقد ذهب رأي إلى اعتباره نوعاً من حق عيني خاص مقرر علي أموال المدين لمصلحة  
جماعة الدائنين ، وقال اخرون إنه لا يعدو كونه تطبيقاً للدعوى البولائية إذ أن  
تصرفات المدين تُعتبر منظوية على غش ، وبالتالي فإنها لا تكون نافذة في مواجهة  
جماعة الدائنين . وذهب فريق ثالث إلى أن إشهار الإفلاس يؤدي لانتفاء صفة المفلس في  
إدارة أمواله والتصرف فيها وحلول جماعة الدائنين محله . الأمر الذي يجعل من  
تصرفاته غير نافذة في مواجهة هذه الجماعة نتيجة هذ الحلول .

والواقع أن من المتعذر التسليم برد غل اليد لواحدٍ من المبادئ القانونية المعروفة  
في القانون المدني ، فغل اليد يستمد ذاتيته من نظام الإفلاس ذاته . فبذا تنعقد لهذا  
النظام أبوة ذلك الغل ويُعتبر أساسه القانوني . ومن المعلوم أن الإفلاس يُشكل حجزاً  
شاملاً لأموال المدين وصولاً لتصفيتها وتوزيع الحصيلة على الدائنين ، الأمر الذي  
يستلزم رفع يد المدين عن التصرف فيها وإسناد ذلك لأمين التفليسة وعليه ، فإن هذا  
الحجز الشامل يُعتبر بمثابة منع من التصرف يؤدي الخروج عليه إلى عدم  
التفاذ أو عدم الاحتجاج في مواجهة جماعة الدائنين .

أما من حيث النطاق الزمني لغل اليد ، فمن المعلوم أن هذا الغل يترتب كأثر  
مباشر منذ يوم صدور حكم الإفلاس وبغض النظر عن ساعة ذلك الصدور أو عن نشر  
الحكم أو عدم نشره .

وإذا كان التصرف الذي باشره المدين المفلس من العقود التي تتم بين غائبين عن طريق المراسلة فإنه يكون مشمولاً بغل اليد إذا علم المتعاقد الموجب بقبول المفلس بعد شهر الإفلاس ، أما إذا علم بذلك القبول قبل شهر الإفلاس فإنه لا يكون مشمولاً بغل اليد ،

بمعنى أنه يستطيع الاحتجاج بالعقد في مواجهة جماعة الدائنين مالم يكن قد وقع خلال فترة الرتبة .

وإذا كان التصرف مما لا ينعقد أو لا يُحتج به في مواجهة الغير إلا بالتسجيل أو باتباع إجراءات معينة أخرى فإن العبرة - فيما يتعلق بكونه مشمولاً بغل اليد أو غير مشمول به - هي باكتمال الاجراءات والتسجيل قبل صدور حكم الإفلاس أو عدم ذلك الاكتمال بحيث لا يُحتج بالتصرف في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا تمّ الإجراء أو التسجيل قبل صدور حكم الإفلاس .

وقريب من ذلك موقف الشريعة الاسلامية إذ يرى جمهور الفقهاء المسلمين أن تقييد تصرفات المدين إنما يتم بعد الحجر عليه ، بينما يرى المالكية أن التقييد يقوم في ثلاث مراحل تبدأ حتى قبل الحجر علي المدين مع تفاوت في مدى هذا التقييد ، فقبل التفليس يُمنع من التصرف في ماله بغير عوض في غير الأغراض المطلوبة منه شرعاً كالنفقة على الأبناء ، وفي مرحلة الإفلاس بالمعنى الأعم أي حين يقوم عليه الغرماء دون رفع أمره إلي الحاكم يُمنع من البيع والشراء والأخذ والعطاء ولو بغير محاباة ولكن يُقبل إقراره لمن لا يُتهم به ، وفي مرحلة الإفلاس بالمعنى الأخص حيث يحكم القاضي بتفليسه يُخلع ماله لغرمائه ويُمنع من التبرعات والمعاوضات المالية .

ويظل غل اليد قائماً إلى أن تنتهي التفليسة بالصلح أو الاتحاد ، وإذا حدث وتم الاتفاق على الصلح مع ترك أموال المدين للدائنين . أو حدث أن أقفلت التفليسة لعدم كفاية أموال المدين ، فإن غل اليد يبقى قائماً ، وبالمقابل فإذا صدر أمر محكمة النقض بوقف تنفيذ حكم الافلاس ، فإن ذلك يؤدي لتجريد أمين التفليسة من الصلاحيات التي خوله إياها القانون ، وبالتالي استعادة المدين لصلاحيته إدارة أمواله والتصرف فيها إلى أن يتقرر مصير حكم إشهار الافلاس .

وفي الشريعة الاسلامية ، ذهب رأي إلى أن الحجر المؤدي لغل اليد لا ينفك إلا بحكم القاضي تأسيساً على أنه أمر ثبت بحكمه فلا ينفك إلا به ، بينما ذهب رأي آخر إلى أن الحجر يزول بمجرد الانتهاء من قسمة الأموال ودونما حاجة لفك القاضي حيث تؤدي القسمة لتحقيق العلة التي شرع من أجلها الحجر والمتمثلة في حفظ المال على الغرماء وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقضي بأن المعلوم يدور علته وجوداً وعدماً .



## مراجع البحث

### أولا - مراجع لغوية :

- ١ - لسان العرب لابن منظور رقم ٥ دار المعارف بدون تاريخ .
- ٢ - المفردات في غريب القرآن تأليف أبي القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي مصر ١٩٦١ .
- ٣ - المنجد في اللغة والإعلام ، الطبعة السابعة والعشرون ، منشورات دار المشرق بيروت ١٩٨٤ .

### ثانيا - كتب الأئمة الفقهاء :

- ٤ - الاختيار لتعليل المختار تأليف عبدالله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي ، المجلد الأول ، الجزء الثاني الطبعة الثالثة ، دار المعرفة بيروت ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م .
- ٥ - الأم لأبي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، رواية ابن محمد الربيع بن سليمان المرادي ، الجزء الثالث طباعة دار الشعب ، القاهرة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ .
- ٦ - الأم للإمام أبي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .
- ٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد القرطبي، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة مطبعة مصطفى الحلبي مصر ١٣٧٥ هـ - ١٩٧٥ م.

- ٨ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف الامام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، الجزء الثاني . الطبعة الخامسة مطبعة مصطفى الحلبي مصر ١٤٠١ هـ .
- ٩ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة بيروت ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٥ م .
- ١٠ - بُلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك تأليف أحمد بن محمد الصاوي المالكي الجزء الثاني ، مطبعة مصطفى الحلبي مصر ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م .
- ١١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، الجزء الثالث ، مطابع عيسى الحلبي ، مصر بدون تاريخ .
- ١٢ - حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء تأليف سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال تحقيق ياسين درادكة ، الطبعة الأولى . دار الباز مكتبة الرسالة ١٩٨٨ م .
- ١٣ - الروض المربع ، شرح زاد المستنقع ، مختصر المقنع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف شرف الدين أبي النجا الحجاوي الجزء الأول مكتبة الرياض الحديثة الطبعة السادسة ١٣٧٩ هـ .
- ١٤ - الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، الجزء الثالث ، دار المعارف مصر ١٣٩٣ هـ .
- ١٥ - شرح فتح القدير تأليف الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي ، الجزء السابع ، الطبعة الأولى ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ١٣١٧ هـ والذي أعادت طبعه بالأوفست مكتبة المثنى ببغداد .
- ١٦ - طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية تأليف الشيخ نجم الدين بن حفص

- ١٣١١ هـ والذي أعادت طبعه بالأوفست مكتبة المشنى ببغداد .
- ١٧ - الفتاوي الهندية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، المجلد الثالث ، الطبعة الثالثة دار احياء التراث العربي بيروت ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ١٨ - الكافي فقه الامام أحمد بن حنبل تأليف أبي محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، المكتب الاسلامي ، بيروت ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٨ م .
- ١٩ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي تأليف أبي عمر يوسف بن عبدالله القرطبي تحقيق محمد محمد أحميد الموريتاني ، الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .
- ٢٠ - المحلي لابن حزم ، الجزء الخامس ، دار الفكر ، بدون تاريخ .
- ٢١ - المغني لابن قدامة تحقيق وتعليق محمد سالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ، الجزء الرابع ، مكتبة الجمهورية العربية - مكتبات الكليات الأزهرية ، بدون تاريخ .
- ٢٢ - المغني وجليه الشرح الكبير للإمامين موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي ، دار الكتاب العربي للتوزيع والنشر ، بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ٢٣ - المقتنع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف الامام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، المطبوع على نفقة سمو الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني أمير دولة قطر سنة ١٣٩٣ هـ .
- ٢٤ - المنتقى ، شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضي الله عنه ، تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الأندلسي ، الطبعة الأولى

مطبعة السعادة مصر ١٣٣٢ هـ .

- ٢٥ - المذهب في فقه الامام الشافعي تأليف أبي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي الجزء الأول . الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ٢٦ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر ، وهي تكملة فتح القدير للمحقق الكمال ابن الهمام الجزء التاسع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر بيروت ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧ م .

### ثالثا- كتب فقهية حديثة :

- ٢٧ - عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الخامس .
- ٢٨ - عبدالغفار ابراهيم صالح ، الإفلاس في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة، مطبعة السعادة ، القاهرة ١٩٨٠ م .
- ٢٩ - محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية بيروت ١٩٦٩ م .
- ٣٠ - وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء الرابع الطبعة الثانية دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٣١ - وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء الخامس الطبعة الثانية دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

### رابعا- كتب قانونية :

- ٣٢ - الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الافلاس ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٩٨٦ م .
- ٣٣ - أنور طلبية مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الجزء

- الرابع، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٣ - ١٩٨٣ م .
- ٣٤ - حسني المصري ، القانون التجاري ، الأفلاس ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ م .
- ٣٥ - حسين النوري ، عوارض الأهلية ، مطبعة لجنة البيان العربي ١٩٥٣ م .
- ٣٦ - زهدي يكن ، تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى بيروت ١٩٦٦ م .
- ٣٧ - شكري أحمد سباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، الجزء الثالث ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرباط ١٩٨٦ م .
- ٣٨ - عبدالمعين لطفي جمعة موسوعة القضاء في المواد التجارية ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٦٧ م .
- ٣٩ - علي البارودي ومحمد فريد العريني ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٦ م .
- ٤٠ - علي جمال الدين عوض ، الافلاس ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ م .
- ٤١ - علي حسن يونس ، الافلاس في القانون التجاري المصري ، دار الفكر العربي ١٩٥٧ م .
- ٤٢ - علي الزيني ، أصول القانون التجاري ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة العربية ١٩٤٦ م .
- ٤٣ - محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ١٩٧٢ م .
- ٤٤ - محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الأول ، ١٩٥١ م .
- ٤٥ - محمد سامي مذكور وعلي يونس ، الافلاس ، دار الفكر العربي ١٩٦١ م .
- ٤٦ - مدحت محمد الحسيني ، الأفلاس ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ١٩٩٣ م .

- ٤٧ - مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية والافلاس ، الاسكندرية ١٩٨٢ م .
- ٤٨ - مصطفى طه ، القانون التجاري ، الاسكندرية ١٩٨٦ .

#### خامساً- مراجع اجنبية :

- 49 - Baron Louis Frederico, Précis de droit commercial, Bruxelles 1970.
- 50 - Charleworth's Mercantile Law , 14<sup>th</sup> edition by Clive M. Schmitthoff and David Sarre , London 1984 .
- 51 - Claude Dupouy, Le droit de faillites en France avant le code de commerce, Paris 1960.
- 52 - Escarra (J.) Cours de droit Commercial , librairie de Recueil , Sirey , Paris 1952
- 53 - Goode (R.M.) Commercial law , London 1985 .
- 54 - Grant W. Newton, Bankruptcy and Insolvency Accounting , practice and procedure , N.Y.1981.
- 55 - Hamblin and wright , Introduction to Commercial Law , Sweet and Maxwell , London 1982 .
- 56 - Louis Levinthal , the early history of bankruptcy law , university of Pennsylvania law Review , vol. 66(1917 -1918 ).
- 57 - Michel de Juglart et Benjamin Ippolito , Droit Commercial , troisième volume , 2<sup>e</sup> edition , Paris 1977 .
- 58 - Ripert (G.) Durnard (P.) et Robolt , Traité elementaire de droit commercial , tome 2 , Paris 1961 .

